

R.D. 100065

Carmen Jerez Delgado
U.A.M. 1997

Los actos jurídicos objetivamente fraudulentos

Este trabajo ha sido dirigido por el Prof. Dr. D. Antonio-Manuel Morales Moreno. El estudio se inserta en un proyecto más amplio de investigación subvencionado por el Ministerio de Educación y Ciencia (DGICYT). El título del proyecto es el siguiente "Las transformaciones del Derecho de la contratación: Los nuevos principios y su encaje en el sistema" (PB 91-0168 y PB 95-0195).

Introducción.- (págs. 1-5)

Cuestiones Previas.- (pág. 6)

Introducción (págs. 7-8)

1ª El origen y desarrollo de la acción pauliana (págs. 9-47)

2ª El régimen jurídico vigente de la acción revocatoria, su formación y consolidación (págs. 48-84)

3ª La regulación del fraude de acreedores en otros países de nuestro entorno

El sistema italiano (págs. 85-94)

El sistema francés (págs. 95-105)

El sistema alemán (págs. 106-118)

El sistema suizo (págs. 119-129)

El sistema británico (págs. 130-142)

Resumen y consideraciones finales (págs. 143-147)

Capítulo Primero.- En busca de un concepto puramente objetivo de fraude: La donación realizada por el insolvente (págs. 148-179)

Capítulo Segundo.- La donación modal (págs. 180-203)

Capítulo Tercero.- La donación remuneratoria (págs. 204-230)

Capítulo Cuarto.- Los actos particionales y el fraude de acreedores (págs. 231-293)

Capítulo Quinto.- La falta de equivalencia de las prestaciones en los contratos onerosos como posible manifestación del fraude (págs. 294-320)

Capítulo Sexto.- El fraude realizado a través de los actos abdicativos (págs. 321-375)

Capítulo Séptimo.- Los pagos hechos en estado de insolvencia (págs. 376-422)

Capítulo Octavo.- La compensación (págs. 423-434)

Capítulo Noveno.- La constitución de garantías y la lesión del crédito de los restantes acreedores: Un estudio de la hipoteca constituida en estado de insolvencia (págs. 435-462)

Capítulo Décimo.- El negocio fiduciario y el fraude de acreedores (págs. 463-473)

Capítulo Undécimo.- La alteración de la relación obligatoria y el fraude de acreedores (pág. 474-521)

Conclusiones.- Los actos jurídicos objetivamente fraudulentos (págs. 522-523)

Bibliografía.- (págs. 524-543)

Indice ampliado.- (págs. 544-557)

En el ordenamiento jurídico español, la protección del derecho de crédito ante la insolvencia del deudor se articula mediante la denominada acción pauliana, una de las instituciones más antiguas y que mejor se ha conservado desde el Derecho romano hasta nuestros días.

El mecanismo de la acción es el siguiente: consiste en la impugnación o ataque por parte del acreedor de aquellos actos jurídicos realizados por el deudor que sean lesivos de su derecho de crédito, porque provocaron o incrementaron la insolvencia del deudor o digamos que hicieron imposible el cobro de todo o parte del crédito. El resultado del ejercicio de la acción es la declaración de ineficacia del acto, en la medida necesaria para evitar la lesión. La impugnación no afecta a la validez del acto, indiscutida, sino a los efectos del mismo.

Sin embargo, los acreedores encuentran un grave obstáculo para el ejercicio de la acción. Junto a la lesión del derecho de crédito (*eventus damni*), deberán probar la mala fe del deudor y tercero (*consilium fraudis*) o, al menos, el conocimiento que este último tuvo de la intención del deudor de defraudar a sus acreedores (*scientia fraudis*). Esto hace muy difícil el ejercicio de la acción. El medio más importante de tutela del derecho de crédito frente a la insolvencia del deudor quedaría, si bien no del todo inútil, sí insuficiente en la práctica. Para facilitar tan difícil prueba, el legislador español ha previsto algunos supuestos en los que es presumible el fraude.

Se presumen fraudulentas las enajenaciones de bienes a título gratuito (art. 1.297-I CC), y en particular la donación (art. 643 CC); así como las enajenaciones onerosas posteriores a la sentencia condenatoria o a la expedición del embargo de bienes (art. 1.297-II CC). Estas presunciones de fraude previstas en el Código civil se refieren al elemento subjetivo del fraude (*consilium fraudis* o *scientia fraudis*). En el caso de los actos gratuitos, y en particular la donación, las presunciones son *iuris et de iure*, no admiten prueba en contrario. Los acreedores deberán tan sólo probar el elemento objetivo del fraude para impugnar el acto. De nada servirá al tercero probar que es de buena fe, porque este hecho

no tendrá relevancia jurídica a efectos de evitar el ejercicio de la acción.

La lesión del derecho de crédito, la imposibilidad del acreedor singular de cobrar de otro modo lo que se le debe (art. 1.291-3º CC), se convierte así en el único elemento necesario para el ejercicio de la acción, en su único presupuesto. De ahí que en estos casos pueda hablarse de una *objetivación de los remedios contra el fraude*¹, o de una objetivación del mismo concepto de fraude. Estamos en presencia de actos jurídicos *en sí mismos* fraudulentos² y revocables cuando provocan o incrementan la insolvencia frente al acreedor singular. En este sentido, se advierte en nuestra doctrina y jurisprudencia una evolución de tendencia claramente objetivadora.

Hasta aquí lo que es el punto de partida de este trabajo: la posibilidad de manejar un concepto objetivo del fraude. De aquí surge la cuestión a la que queremos dar respuesta: ¿Cuándo un acto jurídico puede calificarse de objetivamente fraudulento?

Supongamos, por ejemplo, que D paga la deuda de un tercero voluntariamente, sin estar obligado a ello. En este caso, D tendría derecho a repetir por razón del pago (art. 1.158 CC), por lo que sus acreedores pueden subrogarse en su lugar para hacer efectivo el cobro de sus créditos (acción subrogatoria, art. 1.111 CC). Pero si el tercero es insolvente y los acreedores de D impugnarán el pago (acción revocatoria, art. 1.111 CC), ¿deberán probar el ánimo fraudulento que movió a D a realizar el pago y el conocimiento que el

¹ DIEZ-PICAZO (*Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, II, 4ª ed., Cívitas, 1993, pág. 731).

² La objetivación del fraude, como posibilidad, es anunciada por Federico DE CASTRO en 1932, en su trabajo sobre *La acción pauliana y la responsabilidad patrimonial* (R.D.P., 1932, págs. 193 y ss., pág. 218). Tiempo después, en 1992, Antonio-Manuel MORALES MORENO habla ya de un concepto objetivo de fraude manejado en el Código civil junto al fraude subjetivo. En su conferencia sobre *Enajenaciones de bienes en fraude de acreedores* (inérita, pronunciada en el seminario sobre *Problemas jurídicos de los actos en fraude de acreedores*, organizado por Management Forum España S.A., el 25 de marzo de 1992), el Profesor explica que unas veces el deudor utiliza el negocio jurídico para evadir su patrimonio fácilmente ejecutable del alcance de sus acreedores de manera que el fraude no está en el acto jurídico sino en la intención que mueve al deudor a actuar (por ejemplo, obtener dinero a cambio del bien, con el fin de ocultarlo después). La lesión no la provoca el negocio sino el hecho posterior de ocultar el dinero. Otras veces, sin embargo, el acto jurídico es en sí mismo lesivo, con independencia de la intención que movió al deudor a actuar y del conocimiento que el tercero tuviera o no de las consecuencias lesivas del acto (por ejemplo, la donación realizada en estado de insolvencia). En el primer caso, el fraude es subjetivo. En el segundo caso, estamos ante un supuesto objetivo de fraude.

tercero tuvo del mismo? La exigencia de esta prueba del elemento subjetivo del fraude puede dificultar hasta tal punto el ejercicio de la acción que en la práctica la inutilice a efectos de la tutela del derecho de crédito. Es interesante determinar si en supuestos como este, por ejemplo, es posible manejar un concepto objetivo de fraude. Como decíamos antes, la prueba de la lesión del crédito provocada por el acto jurídico del deudor sería suficiente para acceder a la impugnación. Se lograría con ello hacer más asequible y eficaz el ejercicio de la clásica acción pauliana. Esta es la finalidad que nos mueve.

Nuestro trabajo se dirige a la tipificación de los actos jurídicos objetivamente fraudulentos. Para definir los criterios de determinación del fraude objetivo, hemos analizado los singulares actos jurídicos, individualmente, escogiendo los que creemos más significativos a estos efectos. Así, hemos estudiado el tratamiento del fraude de acreedores en los siguientes casos: la donación ordinaria; la donación modal; y la donación remuneratoria; los contratos onerosos con notable falta de equivalencia de las contraprestaciones; los actos abdicativos (la repudiación de herencia; la renuncia al legado; la renuncia a la prescripción ganada; la remisión de deuda y la renuncia al crédito; la renuncia a derechos reales) y su diferencia con las simples omisiones o con el rechazo de una posibilidad de adquirir (la no aceptación de la donación); los actos de alteración de la relación obligatoria (la expromisión; la asunción de deuda; la delegación; el pago de deuda ajena; la cesión de créditos; la dación en pago); los actos particionales (la división de la cosa común; la partición de herencia; la disolución de la sociedad civil y la disolución de la sociedad de gananciales); los pagos (el pago de la obligación condicional; el pago anticipado; el pago de la obligación natural; el pago de una obligación prescrita; el pago de la obligación nacida de un contrato anulable; el pago en virtud de deudas de juego; el pago de una obligación supuesta cuando el contrato es nulo; el pago en virtud de procedimiento judicial que después se declara nulo e ineficaz; el pago de obligaciones vencidas y exigibles); la constitución voluntaria de hipoteca; la compensación; y, por último, el negocio fiduciario (*fiducia cum amico* y *fiducia cum creditore*).

Bajo la dirección constante del Profesor Antonio-Manuel Morales Moreno, antes de empezar a analizar el tratamiento del fraude en los singulares actos jurídicos -objeto propio de la investigación, a fin de alcanzar la tipificación del fraude objetivo- vimos que era necesario estudiar la doctrina general de la ineficacia del negocio jurídico, y en particular la figura de la rescisión; la vecina acción revocatoria de la quiebra (arts. 878 y siguientes del

Código de comercio); la jurisprudencia relativa al fraude de acreedores desde finales del siglo pasado hasta nuestros días; el origen y evolución de la acción pauliana (del Derecho romano hasta nuestros días); y los remedios contra el fraude en otros sistemas jurídicos (en concreto, Francia, Alemania, Italia, Suiza, Reino Unido y Portugal). Surgieron a veces cuestiones conexas con otros ámbitos de nuestro ordenamiento (Derecho penal, mercantil, procesal y financiero) a los que nos aproximamos si bien, en este caso, sólo en la medida que estimamos imprescindible.

Después fue cuando comenzamos a tratar los aspectos concretos de este trabajo. En el primer capítulo, a la vez que nos detenemos en el estudio de la donación realizada en estado de insolvencia, y precisamente mediante el análisis de este supuesto, comprobamos que, efectivamente, es posible manejar conforme a nuestro ordenamiento un concepto objetivo de fraude. Los demás capítulos se dedican al análisis de los distintos actos jurídicos y al tratamiento que se le puede dar al fraude en cada uno de ellos. Al final de cada capítulo vamos concluyendo una serie de reglas. A partir de estas reglas, elaboramos en el apartado final de conclusiones la tipificación de los actos jurídicos objetivamente fraudulentos.

Hay una idea que adelantamos, porque creemos que conviene tenerla presente desde el principio. En los conflictos de intereses que se originan con motivo de los actos jurídicos del deudor insolvente, unas veces aparecen como intereses encontrados los del acreedor con un tercero (por ejemplo, en la donación); otras, se trata de conflictos entre los propios acreedores (por ejemplo, en los pagos; en la constitución de hipoteca;...). La objetivación del fraude pivota en torno a preceptos distintos en uno y otro caso. Si el conflicto es entre el acreedor y un tercero, ya hemos visto antes que la objetivación se alcanza a partir de los arts. 643 y 1.297-I CC. Pero si fuera un conflicto entre los mismos acreedores encontramos en el Código civil un precepto clave para determinar la solución: el artículo 1.292. En él se declaran *rescindibles los pagos hechos en estado de insolvencia por cuenta de obligaciones a cuyo cumplimiento no podía ser compelido el deudor al tiempo de hacerlos*. Claramente, estamos ante una definición legal del pago objetivamente fraudulento. De ella pueden extraerse criterios aplicables a otros conflictos entre acreedores.

Una última indicación sobre el trabajo. En ocasiones, a lo largo del análisis de los singulares actos jurídicos del deudor insolvente y de su tratamiento, encontramos en nuestro Código civil medidas particulares, que se han tomado para evitar el fraude en un

supuesto determinado. No se trata necesariamente de distintas concrecciones de la acción pauliana o, al menos, es discutido que lo sean. Nos referimos en concreto al artículo 1.001 CC (para la repudiación de herencia en perjuicio de acreedores); y al artículo 1.937 CC (para la renuncia a la prescripción ganada). También contienen medidas preventivas del fraude los artículos 403 CC (para la división de la cosa común) y 1.083 CC (para la partición de herencia). De todos ellos nos ocupamos en su momento y contribuyen en distinta medida a elaborar los criterios de tratamiento del fraude.

Realmente, quisiera poder expresar el agradecimiento que profeso hacia el Profesor Antonio-Manuel Morales Moreno, mi maestro, el director de este trabajo. Desde el inicio, él había concebido la idea de que es posible manejar conforme a nuestro ordenamiento un concepto objetivo del fraude, de que existen actos *en sí mismos fraudulentos* y que sería útil determinar los criterios de objetivación. Tan sólo quedaba el trabajo de volver a comprobarlo, analizar los singulares actos jurídicos y extraer esos criterios. Tan sólo quedaba hacer una tipificación del acto jurídico objetivamente fraudulento. Esta es la labor que me fue de algún modo encomendada y a la que el Profesor Morales Moreno no ha dejado de prestar la ayuda de su magisterio y dirección, lo que ha sido de tanto provecho para la formación de quien escribe que le ha convertido en un agradecido insolvente.

CUESTIONES PREVIAS

Introducción

1ª El origen y desarrollo de la acción pauliana

2ª El régimen jurídico vigente de la acción revocatoria, su formación y consolidación

3ª La regulación del fraude de acreedores en otros países de nuestro entorno (Italia, Francia, Alemania, Suiza, Gran Bretaña)

Resumen y consideraciones finales

INTRODUCCION

Nos ha parecido que el análisis del acto jurídico fraudulento a fin de determinar el alcance que puede darse a la actual tendencia objetivadora de los remedios contra el fraude, quedaba quizás demasiado descarnado si lo presentábamos aisladamente, porque suponía mostrar en directo el objeto de estudio pero acusaba la falta del contexto que ha servido unas veces como soporte al razonamiento, otras como instrumento de confrontación y reflexión, o como medio para la mejor comprensión de estas materias. Por esta razón hemos creído que era conveniente presentar una serie de cuestiones previas al estudio de la tipificación de los actos jurídicos objetivamente fraudulentos.

Las tres cuestiones que vamos a tratar son las siguientes: En primer lugar, la cuestión relativa al origen y desarrollo de la acción pauliana. Nos acercamos a los primeros textos romanos que la recogieron y al estudio que posteriormente se hizo de ellos en la Edad Media, así como a la Recepción del Derecho romano y, con él, de la acción, en países como Italia, Francia, Alemania y España. Se observa también el nacimiento posterior de una revocatoria específica de los procedimientos de quiebra que nace en el Derecho Estatutario italiano y proyecta su influencia en Francia y en España. Esto ayuda en gran medida a comprender la actual regulación que existe en estos países hoy en día. La segunda cuestión es la relativa al régimen jurídico vigente en nuestro país en relación con la acción revocatoria. Con ello, nos situamos en el marco general de la acción revocatoria por fraude, vista en sus dos modalidades, como acción revocatoria ordinaria o pauliana, y como acción revocatoria de la quiebra. Así tenemos oportunidad de describir sucintamente otros aspectos del ejercicio de la acción que no son propiamente objeto de nuestro estudio pero de los que no debemos prescindir. También la revocatoria de la quiebra contribuye en cierto modo a aportar criterios para la tipificación del acto objetivamente fraudulento. Por último, hemos querido presentar

también nuestros apuntes sobre la regulación del fraude de acreedores en otros países de nuestro entorno (en particular, Italia, Francia, Alemania, Suiza y Gran Bretaña). No se pretende con ello más que mostrar los elementos que hemos manejado para confrontar nuestro propio ordenamiento o las conclusiones a las que llegamos. Finalmente, presentamos un breve resumen que concluya el contenido de estas cuestiones previas y dé paso a algunas reflexiones sobre el tema. Son las consideraciones últimas que se han abierto al finalizar nuestro trabajo.

1ª EL ORIGEN Y DESARROLLO DE LA ACCION PAULIANA

I. Introducción

II. El origen de la acción pauliana: el Derecho romano

II.1. Aspectos generales

1.1. Del origen de la acción

A. El Edicto de Adriano

B. En la época justiniana

1.2. Del nombre de la acción

1.3. La tesis de Xavier D'Ors

II.2. Digesto 42, 8

III. El redescubrimiento del Derecho romano en la Edad Media: El estudio y desarrollo de los mecanismos revocatorios en Italia y en Francia (según Piano Mortari)

III.1. La Escuela de los Glosadores (Bolonia)

1.1. Los glosadores preaccursianos

1.2. La Glosa de Accursio

III.2. La revocatoria en el Derecho estatutario (Italia, s. XIII)

III.3. La obra de los juristas postaccursianos (Italia)

III.4. La Escuela de Orleans (Francia)

III.5. La doctrina de los Comentaristas (Italia)

5.1. Giason del Maino

IV. El desarrollo de la acción pauliana tras la recepción del Derecho romano en Alemania

V. El desarrollo de la acción pauliana tras la recepción del Derecho romano en la Península Ibérica

V.1. Las Partidas (s. XIII)

V.2. La acción revocatoria en la obra de Hevia Bolaños (1790)

2.1. "Revocatoria por acción real o h(y)potecaria"

A. Pluralidad de acreedores y conflicto de créditos

2.2. Revocatoria por acción personal

A. Requisitos

B. Presunciones de fraude

C. Alcance de la revocatoria

D. Plazo

E. Tratamiento de los pagos hechos por el deudor insolvente y de determinados actos de renuncia

E.1. Los pagos hechos por el deudor insolvente

a. El pago por cuenta de deudas vencidas

b. El pago por cuenta de deudas no vencidas

E.2. La quita de deuda

E.3. La renuncia al legado

E.4. La renuncia a la herencia

VI. La regulación del fraude de acreedores en el periodo de la Codificación

I. INTRODUCCION

Si se observa una constante a lo largo de la trayectoria histórica de las medidas de defensa del interés del acreedor ante la insolvencia del deudor es, precisamente, la posibilidad de reintegración del patrimonio deudor con los bienes enajenados por éste en perjuicio de sus acreedores. Al estudiar la evolución de los medios de reintegración del patrimonio hemos centrado nuestra atención, preferentemente, en los requisitos que, junto a la insolvencia del deudor, se han exigido para activar las distintas medidas de tutela. Al hacerlo, hemos querido subrayar cómo, desde el Derecho romano hasta nuestros días, junto a una noción subjetiva del fraude, que ha llevado a exigir que el acreedor probase el *animus fraudandi* del deudor y del tercero, han existido continuos intentos de facilitar la impugnación del acto fraudulento, orientados hacia la objetivación de la noción de fraude, cuando las circunstancias en que se realiza el acto o cuando la naturaleza del contrato justifican la impugnación prescindiendo del elemento subjetivo del fraude.

II. EL ORIGEN DE LA ACCION PAULIANA: EL DERECHO ROMANO

En la Época arcaica del Derecho romano, la insuficiencia patrimonial se correspondía con una responsabilidad de carácter personal. Se permitía a los acreedores descargar su furia con agresiones físicas contra el deudor que no cumplía con su obligación: se castigaba así el dolo o la negligencia de éste en la administración de su patrimonio. El rudo sistema de la *manus iniectio* fue suavizado en la Época clásica, cuando por fin se aplica la

inteligencia a la tarea ordenadora de los intereses y comienza una verdadera labor jurídica, el sistema anterior evoluciona hacia otro de responsabilidad exclusivamente patrimonial.

La difícil solución jurídica (arte de lo bueno y equitativo, según la definición que Ulpiano diera del Derecho) de los problemas que planteaba la insolvencia del deudor sólo podía encontrarse si los medios de tutela del derecho de crédito se dirigían a recortar de algún modo los efectos de los actos por los que el deudor enajenó sus bienes en perjuicio de sus acreedores. Requisito para ello será, en todo caso, la prueba del daño, esto es, la prueba de la imposibilidad de hacer efectivo de otro modo el cobro del crédito (*eventus damni*). A la vez, la consideración del interés del tercero que adquirió el bien hará justificable que el acreedor no sólo deba probar la mala fe del deudor sino también la del tercero (intención de defraudar o *consilium fraudis*) para lograr la restitución del bien al patrimonio deudor.

II.1. Aspectos generales

En líneas generales, los remedios jurídicos previstos en la antigüedad clásica ante la insolvencia del deudor son los mismos que recogen hoy los sistemas jurídicos continentales. Los procedimientos de ejecución patrimonial, individual o colectiva¹, se complementan con otras medidas que tienden a extender sus efectos a los bienes que, en las últimas fechas, han salido del patrimonio deudor o a declarar ineficaces determinados actos de enajenación realizados por el deudor insolvente. Se va configurando así el mecanismo de lo que hoy conocemos con el nombre de acción pauliana.

La acción pauliana hunde sus raíces en el Derecho romano clásico. Y si bien la doctrina no duda en afirmarlo, sí abundan las discordancias doctrinales al intentar responder a otras cuestiones, tales como las siguientes: ¿De qué institución o instituciones en particular procede la acción? ¿Cuándo se califica la acción como *actio pauliana*? Como eje sobre el que

¹ Tanto los sistemas de ejecución colectiva como los medios de defensa del acreedor individual, fueron concebidos por el Derecho Pretorio (JÖRS / KUNKEL; *Derecho privado romano*, traducción de la 2ª ed. alemana por L. Prieto Castro, Ed. Labor, 1937; pág. 373).

pendulan las polémicas doctrinales, se ha consolidado la tesis de Lenel². Los romanistas posteriores siguen normalmente, en sus sistemas de Derecho romano, la construcción leneliana (Jörs-Kunkel³, Kaser⁴; Con algunas variantes, May⁵ y Bonfante⁶).

1.1. Del origen de la acción

En la Época justiniana, una parte del *Corpus Iuris Civilis* -el Digesto- se dedica a la recopilación del Derecho jurisprudencial. Junto a otros elementos, se reúnen en él comentarios a los edictos de los pretores. Entre ellos encontramos los dos textos que

² Por ejemplo, X. D'ORS, en su monografía *El interdicto fraudatorio en el Derecho romano clásico* (1974, Cuadernos del Instituto jurídico español en Roma, n° 25), cuando describe el estado doctrinal de la cuestión, distingue tres periodos: 1º romanistas pre-críticos; 2º romanistas críticos anteriores a Lenel; y 3º romanistas posteriores a Lenel.

Los primeros se caracterizan, a juicio del autor, por *el intento de construcción dogmática de los recursos revocatorios, si bien en base a los textos de las fuentes -Corpus Iuris- tal como los reciben, prescindiendo de toda crítica textual* (pág. 21). Los autores críticos anteriores a Lenel se ocuparon de *la reconstrucción del Derecho clásico, fundamentalmente. Los cuatro siglos que comprenden este periodo se caracterizan por los numerosos intentos de conciliación de los recursos revocatorios que aparecen en las fuentes* (pág. 25 y siguientes). D'Ors ha sintetizado la opinión de los autores más destacados de esta época (entre ellos, Cuyacio, Savigny, Rudorff, Huschke, E. Serafini, Ferrini, Vinnio, Heinecio, Voet, Von Keller, Accarias, Karlowa, Dernburg, Pothier, Windscheid, Ubbelohde). Es con Lenel cuando el panorama de los recursos contra el fraude de acreedores en derecho romano parece despejarse. Dice X. D'Ors que *cuando en 1903 publica Lenel su Die Anfechtung von Rechtshandlungen des Schuldners im Klassischen römischen Recht, la solución del problema del fraus creditorum da un giro importante. Desde entonces, la opinión de Lenel se ha convertido en doctrina común de los romanistas, sin perjuicio de algunas diferencias que, dentro de un esquema general leneliano, ha propuesto cada autor* (pág. 38).

³ JÖRS-KUNKEL; *Derecho privado romano*, traducción de la 2ª ed. alemana por L. Prieto, Ed. Labor, 1937, pág. 373, vease nota (1).

⁴ KASER; *Derecho romano privado*, versión directa de la 5ª ed. alemana por J. Santa Cruz, Reus S.A., 1968, pág. 57.

⁵ G. MAY (*Éléments de Droit romain*, 17ª ed., París, 1927; págs. 665-667) se distancia ligeramente de la tesis de Lenel porque junto a un interdicto por fraude y a la *restitutio in integrum*, coloca a la acción pauliana, que en un momento dado reemplazaría o absorbería al interdicto.

⁶ Como el anterior, P. BONFANTE (*Instituciones de Derecho romano*, 8ª ed. italiana, traducida por Bacci y Larrosa, Reus S.A., 1929, pág. 522).

probablemente hayan tenido mayor repercusión a lo largo de la historia en lo que se refiere a la regulación de los remedios contra el fraude. Se trata de dos textos de Ulpiano recogidos en D. 42. 8 (edicto mandado recopilar por Adriano).

A. El Edicto de Adriano

Al estudiar los dos textos del edicto (recogidos después en D. 42, 8, 1 y D. 42, 8, 10), Lenel identifica el segundo con el interdicto fraudatorio -como ya otros autores hicieran- y postula, en cuanto al primero (D. 42, 8, 1), que no contiene una acción en favor del acreedor sino una *restitutio in integrum*⁷. Los romanistas Jörs y Kunkel, siguiendo a Lenel, han explicado así el texto del Digesto:

*"El Edicto de Adriano contenía dos preceptos encaminados a prevenir tales actos, y que han llegado a nosotros con grandes desfiguraciones. Por uno se ordenaba (D. 42, 8, 10 pr.) la revocación de los actos de enajenación ejecutados con el fin de defraudar a los acreedores (interdictum fraudatorium), y en el otro (D. 42, 8, 1 pr.) se prometía la restitutio in integrum -no, probablemente, como dice el texto justiniano, una acción- en tales casos de fraude. El interdicto correspondía a los acreedores, pero la restitutio sólo al administrador del concurso (curator bonorum)"*⁸.

⁷ Así lo explica X. D'ORS (*El interdicto fraudatorio en el Derecho romano clásico*, 1974. Cuadernos del Instituto jurídico español en Roma, nº 25). Y añade que *la novedad de la tesis de Lenel consiste no en hacer figurar una in integrum restitutio entre los recursos revocatorios contra el fraude, lo que anteriormente habían hecho ya otros autores, sino en afirmar que ése es el recurso prometido por el "edicto I"* (pág. 39; Con el "edicto I" se refiere Xavier D'Ors a D. 42, 8, 1). En este texto con frecuencia se había visto una acción, debido a la expresión que en él se utiliza (*actionem dari*, según la versión de D'Ors; o *actionem dabo*, según la versión de García del Corral). Lenel niega la originalidad del texto, y sostiene que inicialmente contenía el recurso procesal de la *restitutio in integrum*, que sería después sustituido por los compiladores por aquella otra expresión, y que como tal fué transmitido y estudiado.

⁸ JÖRS / KUNKEL; *Derecho privado romano*, traducción de la 2ª ed. alemana por L. Prieto Castro, Ed. Labor, 1937, págs. 373-374.

También Solazzi sigue la tesis de Lenel, pero se aparta de ella en determinados aspectos⁹. Nos interesa destacar uno de ellos: el reconocimiento que hace de la existencia de un tercer recurso, que Lenel no señala: una *actio in factum* que es ejercitada por el *bonorum emptor* frente al *inscius fraudis* o tercero de buena fe. Junto a la *actio in factum*, cabe también dirigirse contra el tercero que desconocía el fraude, una vez finalizada la *bonorum venditio*, por vía interdictal.

Siendo así, cabría preguntarse: ¿Acaso las acciones de impugnación frente a terceros de buena fe tienen un origen distinto del de aquellas otras que se dirigen frente al tercero que era consciente del perjuicio que causaba con su adquisición? Así parece sí, con Solazzi, aceptamos que existió ese otro remedio especial -la *actio in factum*- junto a los genéricos de la *restitutio in integrum* e *interdictum fraudatorium*. En esta línea se encuentran, por ejemplo, las explicaciones de Kipp¹⁰, o de Kaser¹¹. Y se entiende que así fuera, si tenemos en cuenta las dificultades que comporta la prueba del elemento subjetivo del fraude (que exigían los remedios generales) y la misión de válvula de escape o elemento

⁹ En su obra *La revoca degli atti fraudolenti nel Diritto romano classico* (1903), Solazzi se aparta de la tesis de Lenel en lo relativo a la legitimación activa y al momento de ejercicio de los recursos (sobre el análisis comparativo de los estudios de ambos autores, y de otros, véase: D'ORS; *El interdicto fraudatorium en el Derecho romano clásico*, 1974, Cuadernos del Instituto jurídico español en Roma, n.º 25).

¹⁰ KIPP (*Impugnación de los actos "in fraudem creditorum"*, en *Derecho romano y en el moderno Derecho alemán, con referencias al Derecho español*, R.D.P., 1924, pág. 2) declara seguir a Lenel en cuanto a la concepción general de los recursos contra el fraude en el Derecho romano, si bien añade *pero cabe muy bien que además existiese ya en Derecho clásico una actio in factum, si bien Lenel lo niega*.

¹¹ La tesis de Lenel, con las correcciones de Solazzi, coinciden con las pautas que en esta materia sigue el romanista alemán Max KASER (*Derecho romano privado*, versión directa de la 5ª ed. alemana por J. Santa Cruz, Reus S.A., 1968, pág. 57): "*Vide D. 42, 8, 1 pr. (actio dabo intp. por in integrum restituum) cod. 10 pr. (manipulado). Además el pretor concede acciones in factum contra el adquirente de buena fe de los bienes transmitidos in fraudem creditorum*".

flexibilizador que cumplían las acciones *in factum*¹². Encontramos aquí una primera huella del necesario intento de objetivación de las medidas del tratamiento del fraude.

B. En la época justinianeana

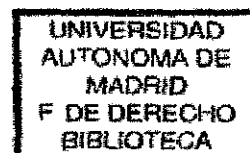
La tarea unificadora de los remedios contra el fraude de acreedores en una única acción -la denominada acción pauliana- se lleva a cabo con la elaboración del Derecho justiniano (Jörs-Kunkel¹³, Kaser¹⁴)¹⁵. Kipp, discípulo de Windscheid, explica así la

¹² SAVIGNY, en su obra *Sistema del Derecho romano actual* (IV, 1879, texto tomado de la traducción del alemán de Guenoux, vertida al castellano por Mesía y Poley, Madrid, pág. 65), distinguía entre las acciones *in ius*, formuladas previamente en los edictos (aquellas entre las que el demandante podía escoger), y las acciones *in factum conceptae*. Estas últimas eran las empleadas, dice, *cuando se trataba de crear una fórmula para una nueva relación de derecho, es decir, en aquellos casos en que el edicto no ofrecía ninguna, de modo que servían también a la extensión práctica del derecho. Esta especie de fórmulas llenaba perfectamente semejante objeto, porque todo derecho descansa necesariamente sobre un hecho, y la fórmula in factum no contenía más que la expresión de hecho al cual se ligaba una consecuencia práctica. (...) extensiones prácticas del derecho, por medio de formulae in factum conceptae, que no figuraban en el edicto, pero que concordaban con él expresamente, en todos los casos en que era necesario. Apareciendo estos con más frecuencia y más uniformidad, pasaron enseguida al edicto, y este es el origen progresivo de todas las acciones pretorianas que vemos.*

¹³ Así lo explica JÖRS / KUNKEL (*Derecho privado romano*, traducción de la 2ª ed. alemana por L. Prieto Castro, Ed. Labor, 1937, págs. 373-374): "En el derecho justiniano se funden estos dos remedios, aunque de modo formalmente imperfecto, en una acción revocatoria unitaria, que se suele conocer con el nombre de *actio Pauliana*, (...). Correspondía tanto al administrador del concurso como a los acreedores individualmente, y se podía ejercitar lo mismo contra el deudor (lo que en la práctica no conducía a nada) que contra el tercero a quien se hubiera transferido algo del patrimonio del deudor. Sin embargo, el tercero por regla general sólo era responsable si hubiese tenido conocimiento de la intención del deudor de defraudar a los acreedores (Edicto, en D. 42, 8, 1 pr.: *qui fraudem non ignoravit*; cfs. D. 42, 8, 10, 2-3), en cuyo caso había de restituir todo lo que hubiera sido sustraído a los acreedores. Por excepción, únicamente en el caso de que hubiera adquirido del deudor a título gratuito, el tercero que hubiera procedido de buena fe era también responsable, aunque sólo en lo que se hubiera enriquecido (D. 42, 8, 6, 11; y C. 7, 75, 5)".

¹⁴ M. KASER (*Derecho romano privado*, versión directa de la 5ª ed. alemana por J. Santa Cruz, Reus S.A., 1968) localiza el origen de la acción pauliana en la fusión justinianeana del *interdictum fraudatorium* y la *in integrum restitutio*.

refundición de estos recursos por los compiladores justinianos: "Del título 42. 8 D. a que habían llevado el Edicto pretorio sobre la *in integrum restitutio*, compilando a continuación el interdicto, descartan la expresión "*in integrum restitutio*" y hablan sólo de una *actio*"¹⁶. Los motivos que llevaron a los compiladores a refundir en uno los recursos contra el fraude de acreedores radican en la nueva orientación del sistema procesal¹⁷. El nuevo sistema se caracterizó por la generalización del uso de acciones, el progresivo abandono de los interdictos y la desaparición del procedimiento formulario (por el que se resolvían las acciones a que daba lugar el decreto del pretor que acordaba la *restitutio in integrum*).



1.2. Del nombre de la acción

No existe en absoluto unanimidad en la doctrina en cuanto al momento en que comienza a denominarse la acción como *actio pauliana*. De un lado, se descarta que el nombre proceda de la época clásica (X. D'Ors¹⁸, Kipp¹⁹, Jörs-Kunkel²⁰). Pero a partir

¹⁵ Con ligeras variantes respecto de los romanistas alemanes que acabamos de citar se manifiesta la opinión de otros autores. Por ejemplo, G. MAY (*Éléments de Droit romain*, 17ª ed., París, 1927, págs. 665-667) explica que el *interdictum fraudatorium*, la acción pauliana y la *restitutio in integrum* estuvieron aplicándose simultáneamente durante algún tiempo, y que uno de ellos, el interdicto, desapareció absorbido por la acción pauliana. En el mismo sentido se pronunciaba P. BONFANTE (*Instituciones de Derecho romano*, 8ª ed. italiana, traducida por Bacci y Larrosa, Reus S.A., 1929, pág. 522).

¹⁶ T. KIPP (*Impugnación de los actos "in fraudem creditorum"*, en *Derecho romano y en el moderno Derecho alemán, con referencias al Derecho español*, R.D.P., 1924, pág. 5). El autor señala que se refunden en una sola acción los recursos de la *restitutio in integrum* y el interdicto fraudatorio. A estos dos recursos probablemente se unió también, en opinión de Kipp, la *actio in factum*. Sin embargo, no se refunde con estos recursos ni la *exceptio fraudatorium creditorum*, ni la *denegatio actionis*, que subsisten en Derecho justiniano -según Kipp- como recursos independientes del *bonorum emptor* frente a los acreedores por cuenta de obligaciones contraídas fraudulentamente por el deudor (pág. 10).

¹⁷ KIPP, T.; *Impugnación...*, R.D.P., 1924, pág. 6. Afirma que la razón de la unificación de estos recursos se encuentra en las condiciones del nuevo sistema procesal de la época.

¹⁸ A Collinet puede atribuírsele la demostración de que esta expresión es posterior al Derecho clásico. El autor defiende el origen postjustiniano del nombre de la pauliana. Comparte con un autor anterior, Ferrini, la idea de que en los textos clásicos se hacía alusión a una *actio in factum* donde posteriormente se interpoló el nombre de *actio pauliana* debido al nombre del autor de la acción, el jurisconsulto Paulo. Lenel se adhirió a la tesis de Collinet, en este punto. Todo ello, según X. D'ORS (*El Interdicto fraudatorio en el Derecho*

de este punto común, las teorías oscilan entre la de aquellos que opinan que el nombre lo dieron los juristas justinianeos (Kaser²¹, X.D'Ors²²), y la de quienes creen que posteriormente fueron los glosadores quienes por primera vez la llamaron así (Kipp²³).

1.3. La tesis de Xavier D'Ors

Entre los estudios monográficos de romanistas españoles, encontramos uno dedicado por Xavier D'Ors al origen de la acción pauliana: *"El Interdicto fraudatorio en el*

romano clásico, 1974, Cuadernos del Instituto jurídico español en Roma, n° 25, pág. 49). Este último autor explica en la obra citada que es comunmente aceptado hoy que el origen de la acción pauliana no procede del texto del Digesto; sólo una vez, en D. 22, 1, 38, 4, aparece nombrada la acción como pauliana, y la doctrina está de acuerdo en que se debe a una interpolación posterior.

¹⁹ En este sentido se ha pronunciado KIPP (*Impugnación...*, R.D.P., 1924, pág. 4): *"Collinet ha demostrado últimamente, a mi ver, que la expresión "actio Pauliana" es ajena al Derecho clásico y hasta a la verdadera terminología del Corpus iuris."*

²⁰ También JÖRS / KUNKEL (*Derecho privado romano*, traducción de la 2ª ed. alemana por Prieto Castro, ed. Labor, 1937, págs. 373-374) explica que *no se puede determinar el sentido de la denominación, actio Pauliana, en el derecho clásico. Es posible que no sea clásica; así lo cree, después del precedente de otros, Lenel*".

²¹ KASER (*Derecho romano privado*, versión directa de la 5ª ed. alemana, por J. Santa Cruz, Reus S.A., 1968, pág. 57) se limita a decir que al refundirse en la compilación justinianeas los recursos revocatorios darían lugar a una *acción única, la cual, en un pasaje de Paulo (D. 22, 1, 38, 4) es llamada actio Pauliana*.

²² X. D'ORS (*El Interdicto fraudatorio en el Derecho romano clásico*, 1974, Cuadernos del Instituto jurídico español en Roma, n° 25, págs. 53-54) indica que *cabe pensar, (...) que pudo existir una opinión generalizada ya en tiempos de Justiniano según la cual se denominaba Pauliana a aquella acción que Paulo describía, aunque innominadamente, en D. 22, 1, 38, 4. El origen de esta opinión podría buscarse antes de Justiniano, lo cual es muy dudoso, dado el argumento sobre los libros utilizados en las escuelas de Derecho aducido por Collinet (...). Más verosímil es pensar que esta opinión empezó a formarse en las escuelas de Derecho, inmediatamente después de la promulgación del Digesto, cuando los alumnos se encontraban con una primera noticia de una acción contra el fraude de acreedores, en un texto de Paulo y colocada al lado de la Fabiana. Según nuestra hipótesis, no es necesario mantener que D. 22, 1, 38, 4, fue el primer lugar donde se nombraba expresamente tal acción, sino que puede pensarse que este nombre se haya introducido en el Digesto con posterioridad a los otros textos*.

²³ KIPP; *Impugnación...*, R.D.P., 1924, págs. 5-6.

Derecho romano clásico" (1974)²⁴. La tesis de X. D'Ors se resume en demostrar que la acción de impugnación por fraude que recibió el nombre de pauliana *no fue una refundición justiniana de distintos recursos, sino la transformación del interdicto fraudatorio en acción*, en un momento en que los interdictos quedaban en desuso y se confundían con las acciones, que cobraban mayor relieve.

En su revisión crítica de los recursos, el autor niega, con la mayoría de la doctrina, la existencia en Derecho clásico de una acción denominada pauliana, así como de una acción revocatoria. La novedad de la tesis de X. D'Ors radica en su convicción de que *es muy difícil, sino imposible defender tanto la existencia, como la mecánica de una in integrum restitutio ob fraudem*²⁵; lo que le lleva a afirmar que el único precedente en

²⁴ Editado en los Cuadernos del Instituto jurídico español en Roma, nº 25, C.S.I.C., Roma-Madrid, 1974.

²⁵ Fue Lenel quien introdujo en la doctrina romanista la idea de la existencia en el Derecho clásico de una *restitutio in integrum ob fraudem* que se refundiría con el interdicto fraudatorio posteriormente para dar lugar a la acción rescisoria. Lenel fundamenta su teoría sobre el texto de I. 4, 6, 6, poniéndolo en relación con el texto de D. 42, 8. En el texto edictal original aparecería una promesa de restitución, que sería después suprimida por los compiladores en su intento de refundirla con el interdicto por fraude, con el fin de crear la acción de impugnación.

Xavier D'ORS, que no niega que el texto de I. 4, 6, 6, sirva de base para defender la tesis de Lenel, dice, sin embargo, que *desde el momento en que el mismo Lenel, después de fundamentar en él su tesis, considera que dicho texto se aparta en varios puntos de la posible fórmula rescisoria que le sirvió de modelo, el argumento, sin quedar absolutamente anulado, pierde mucha de su solidez* (pág. 64). El autor critica la teoría de Lenel tanto desde el punto de vista de las fuentes, como por lo que se refiere a las dificultades procesales y sustantivas con que tropieza. Concluye D'Ors manifestando su abandono de esta teoría comúnmente aceptada, con la negación de la existencia de una *in integrum restitutio ob fraudem* (pág. 68).

El sentido que, en Derecho clásico tiene la expresión *restituere* (que aparece en el texto de D. 42, 8, 10, 22, bajo la expresión "*restitutionem fieri oportere in in pristinum statum...*") es más amplio que el significado actual de *restituir*, afirma X. D'Ors. Se refiere a la restitución del patrimonio a su estado inicial, y no tanto a la restitución o devolución de la cosa enajenada. Por tanto -concluye Xavier D'Ors- *con la desaparición de los interdictos, la acción resultante de ellos, -la antigua actio ex interdicto- tendría grandes semejanzas con una acción rescisoria. Y precisamente de los efectos de esta acción que substituye al interdicto fraudatorio es de lo que los compiladores han tratado en I. 4, 6, 6. (...). La relación entre I. 4, 6, 6 y el interdicto fraudatorio podría venir avalada, además, por el propio Teófilo. En efecto, -sigue diciendo D'Ors- quizá no sea casual que este jurista, en la versión griega de las Instituciones, introduzca en el pasaje correspondiente a I. 4, 6, 6 la acción Pauliana, denominación que recibe, como es sabido, la actio in factum compilatoria que sustituye al*

Derecho clásico de la acción pauliana fue el interdicto que recibiría el nombre de *fraudatorium*²⁶.

Junto al interdicto existió el proceso concursal²⁷ de la *bonorum venditio*, o venta en pública subasta de todos los bienes del deudor, en bloque, para hacer frente al pago de las deudas²⁸. Las enajenaciones posteriores a la *missio in bona* realizadas por el deudor, se consideran dolosas²⁹ (D. 43.4.1 pr.).

Los requisitos para que un acto del deudor dé lugar al interdicto, son -según D'Ors- los siguientes: 1º) que se trate de un acto jurídico previo a la *missio in bona*; 2º) que el acto provoque un empobrecimiento del patrimonio del deudor; 3º) concurrencia del elemento objetivo del fraude (*eventus damni*) y del componente subjetivo (*consilium fraudis* del deudor, *scientia fraudis* del tercero).

interdicto fraudatorio clásico. (pág. 84).

²⁶ (pág. 73). El autor admite el origen clásico de la denominación del interdicto (*interdictum fraudatorium*), siguiendo a Krüger y Kaser, Impallomeni y Ankum.

La tesis de X. D'ORS se defiende con la afirmación de que existió una "duplicidad de cláusulas" interdictales en el Edicto: "el anuncio de la concesión de uno o varios interdictos, que constituiría el llamado edicto en sentido estricto, y la transcripción de la fórmula o fórmulas interdictales". De este modo, piensa, el texto de D. 42, 8, 1, es el Edicto y el texto D. 42, 8, 10, es la fórmula interdictal. Formulada esta hipótesis, D'ORS hace una reconstrucción aproximada del texto originario del Edicto (D. 42, 8, 1 pr.), que resuelve discordancias sintácticas y gramaticales que aparecen en el mismo (págs. 78 y siguientes).

²⁷ El sistema concursal clásico lo explica Xavier D'ORS en las páginas 86 y siguientes del trabajo al que venimos haciendo referencia.

²⁸ La subasta era públicamente anunciada por medio de la *proscriptio*, que suponía de por sí una sanción. Esta *proscriptio* infamante podía evitarse por otros trámites concursales más suaves (*bonorum distractio* y *cessio bonorum*)(vease, págs. 93-96).

²⁹ Para impugnarlas se concedía una *actio in factum* frente al poseedor que se negaba a renunciar a su posesión en favor de los acreedores *missi*. Según explica D'ORS, esta *actio in factum* nació en el S. I a. de C. y vino a desplazar a un interdicto prohibitorio y restitutorio (pág. 102). En estos casos, no se exige que el demandado obrase con *scientia* del perjuicio que causaba a los acreedores del enajenante, pero sí que obrase con el dolo de negar la posesión a los acreedores *missi in bona* o privarles de ella, a pesar de la *proscriptio pública* (pág. 104).

Sin embargo, y aunque *la legitimación pasiva para el interdicto fraudatorio viene determinada, fundamentalmente, por la llamada scientia fraudis*³⁰, existen una serie de excepciones a esta regla general, muy interesantes a efectos de nuestro estudio. Señala Xavier D'Ors:

"Pero la scientia fraudis, con ser el requisito para la reclamación ordinaria, no agota el problema de la legitimación pasiva. Se pueden encontrar otros supuestos en los que la scientia fraudis no intervenga, o lo haga de una forma más anómala. En efecto, el mismo Edicto preveía la posibilidad de conceder el interdicto fraudatorio contra el inscius fraudis, (...). Tal concesión, (...) procede sólo previa causae cognitio del pretor.

"Hay que advertir, sin embargo, que en todos estos supuestos de concesión causa cognita del interdicto fraudatorio que se exponen a continuación, no concede el pretor el interdicto ordinario, sino, como veremos, un interdicto fraudatorio "útil" "31.

¿Quiénes son los adquirentes legitimados pasivamente en este interdicto fraudatorio, aun sin tener conocimiento del fraude? Según el Derecho clásico, lo son quienes adquieran de alguno de los modos siguientes:

1º *A título lucrativo*³².

2º *Siendo pupilo*. El pupilo está legitimado pasivamente, aun cuando desconozca o ignore el fraude, siempre que se haya beneficiado por el acto³³.

3º *Mediando scientia fraudis del hijo o del esclavo (mandatario o gestor de negocios ajenos)*. El tercero (representado) es *inscius fraudis*, pero en su nombre ha contratado el hijo

³⁰ pág. 159 del trabajo de X. D'Ors al que venimos haciendo referencia.

³¹ pág. 162.

³² págs. 163 y ss.

Si se trata de un subadquirente a título gratuito, la revocación de la primera transmisión le alcanzará también como legitimado pasivamente para la revocación de la segunda transmisión.

³³ "El pupilo puede siempre ser reclamado en la medida del enriquecimiento" (pág. 167); "Así, cualquiera que fuese la hipótesis contemplada, si el pupilo se había beneficiado por el acto fraudulento, se dará contra él el interdicto, precisamente por tal beneficio" (pág. 168).

o el esclavo, que sí conocía del fraude, por lo que se considera que hubo *scientia fraudis* del adquirente aunque de modo anómalo³⁴.

4º *Con previa advertencia de los acreedores*. Es otro supuesto de *scientia fraudis* con carácter anómalo, que se da cuando los acreedores se adelantan a advertir al tercero sobre el daño que les causaría el acto.

5º *Siendo herederos del legitimado pasivamente*. Se equiparan -señala X. D'Ors- los herederos del adquirente que obró con conciencia del fraude, a los subadquirentes a título lucrativo. *Contra ellos podrá darse, causa cognita, el interdicto fraudatorio*³⁵.

II. 2. Digesto 42, 8

Como hemos visto, los textos claves se recogen en D. 42, 8. En ellos encontramos pautas semejantes a las que se siguen hoy para el ejercicio de la acción pauliana. No en vano, algún autor ha afirmado que quizás sea ésta la institución heredada del Derecho romano que mejor se ha conservado a lo largo de los siglos.

Al analizar el título 8 (D. 42), observamos dos tipos de reglas. Una primera, que consideramos como regla general, se recoge en D. 42, 8, 1. El pretor promete conceder acción *"por lo que se hubiere hecho por causa de defraudación (...) contra el que no hubiere ignorado el fraude, al curador de los bienes, o a aquél a quien conviniere darle la acción sobre este asunto, dentro del año en que hubiere habido facultad para ejercitarla; y esto observaré -dice el pretor- también contra el mismo, que cometió el fraude"*³⁶.

Junto a la regla general, aparecen otras pautas aplicables en determinados supuestos. Esto pone de manifiesto que ya entonces se advirtió la falta de adecuación de la formulación general a determinados supuestos. Se trata de casos en que el acto directamente supone una lesión a los derechos de crédito. Aparecen fórmulas referidas a los singulares supuestos de hecho. Otras veces, el pretor anuncia la acción mediante un preámbulo: *"a veces permitiré con conocimiento de causa la acción por el hecho (in factum actionem), aunque*

³⁴ págs. 168-169.

³⁵ pág. 170.

³⁶ El texto del Digesto ha sido tomado de la traducción de GARCIA DEL CORRAL (*Cuerpo del Derecho civil romano*, III, Barcelona, 1897, pág. 395).

no haya conocimiento" (D. 42, 8, 10)³⁷. Los supuestos para los que se concede directamente la acción sin necesidad de probar el fraude subjetivo son los siguientes:

1º En todo caso, las donaciones (D. 42, 8, 6, 11).

2º En todo caso, los legados (D. 42, 8, 6, 13).

3º El que no usara de las servidumbres y, por ello, las perdiera (D. 42, 8, 4)³⁸.

4º El que tuviere "*por abandonada una cosa suya, de modo que otro la haga suya*" (D. 42, 8, 5)³⁹.

5º Remisión de deuda (con garantía personal) (D. 42, 8, 25)⁴⁰.

6º En los casos que el pretor lo permita "*por el hecho, aunque no haya conocimiento*" (D. 42, 8, 10)⁴¹. Enumera los siguientes:

1. Pago anticipado (D. 42, 8, 10, 12)⁴².

³⁷ El texto del Digesto ha sido tomado de la traducción de GARCIA DEL CORRAL (*Cuerpo del Derecho civil romano*, III, Barcelona, 1897, pág. 397).

³⁸ En este caso, como en el siguiente (adquisición de tercero por usucapión), entiende D'ORS que estamos ante enajenaciones -según la acepción clásica del término- y que puede ejercitarse el interdicto fraudatorio para revocarlas (*El Interdicto...*, pág. 122). A este supuesto equipara la extinción por el *fraudator* del usufructo (pág. 123).

³⁹ De la traducción del Digesto de GARCIA DEL CORRAL (*Cuerpo del Derecho civil romano*, III, Barcelona, 1897, pág. 395).

⁴⁰ En cuanto a la liberación de deuda, distingue X. D'ORS (*El Interdicto...*, págs. 123 y ss.) entre cuatro supuestos: 1º por aceptilación o entrega de recibo; 2º por pacto; 3º facilitando la excepción; y 4º por omisiones.

⁴¹ De la traducción del Digesto de GARCIA DEL CORRAL (*Cuerpo del Derecho civil romano*, Barcelona, 1897, págs. 397-400).

⁴² X. D'ORS (*El Interdicto...*, págs. 116 y ss.) trata de la *problemática del pago* realizado en estado de insolvencia. Tiene interés especialmente uno de los elementos que aporta su explicación. Entre los pagos de deuda vencida, hay uno que puede impugnarse mediante el interdicto fraudatorio (posteriormente, acción pauliana): se trata de aquellos pagos hechos con posterioridad a la *missio in bona*. En este caso, dice X. D'Ors, no procede el ejercicio de la *actio in factum* -que hemos visto que procedía para las enajenaciones posteriores a la *missio*, según D'Ors- porque los pagos no entran en el concepto de enajenación de bienes que da lugar a la acción, por lo que procede el interdicto. La razón por la que puede apreciarse el fraude de acreedores es, en este caso, la infracción del principio de *par condicio creditorum*, régimen al que quedan sometidos los acreedores comunes desde el inicio del concurso: "*Así, pues, son (...) fraudulentos y, por tanto, revocables los pagos realizados con posterioridad a la missio in bona, dado que, al constituirse el concurso de acreedores, éstos*

2. Prenda por un crédito antiguo (D. 42, 8, 10, 13)⁴³.

3. Dote (D. 42, 8, 10, 14).

4. Usufructo (D. 42, 8, 10, 15).

5. Promesa de dar, "como lo estipulado de este modo: "¿prometes darme

diez cada año?" (D. 42, 8, 10, 15).

quedan sometidos a un régimen paritario (par condicio creditorum)" (pág. 118). Junto a este supuesto, son también rescindibles —señala X. D'Ors— los pagos anticipados: "Además de que el pago a un acreedor se realice antes de la missio in bona, se exige también, para que no tenga carácter fraudulento, que no se satisfaga antes de la fecha de vencimiento, cuando se trate de una deuda con plazo" (pág. 119).

También otros autores lo han advertido del mismo modo. Los pagos de deudas vencidas no son impugnables según el Derecho romano. Tampoco si el acreedor satisfecho conocía la insolvencia de su deudor, y aun en el caso extremo de que obtuviese el pago de un deudor dado a la fuga (KIPP: *Impugnación...*, R.D.P., 1924, pág. 7). Se exceptúa de esta regla, acabamos de verlo, el pago de deuda vencida y exigible hecho después de la apertura del concurso, en cuyo caso deberá el deudor pagado repartir la cantidad con los demás acreedores siguiendo las normas concursales (KIPP, *Impugnación...*, R.D.P., 1924, pág. 8). La acción pauliana podía ejercitarse en impugnación de los pagos anticipados hechos en estado de insolvencia, con la simple prueba del daño (KIPP habla de que estos actos "generan responsabilidad": vease, *Impugnación...*, R.D.P., 1924, págs. 7-8).

⁴³ Encontramos en el propio D. 42, 8, textos contradictorios en cuanto a la prenda. Xavier D'ORS (*El Interdicto...*, pág. 126) trata este problema. Distingue, respecto al *pignus*, entre su constitución, remisión y retención. Tanto la constitución como la remisión de prenda son actos fraudulentos cuando provocan un perjuicio a los créditos de otros acreedores, pero no lo es la retención.

Solazzi, por el contrario (según el estudio de D'Ors), niega la revocabilidad de la constitución de prenda, basándose en dos textos del Digesto distintos del que sirve como apoyo a la argumentación anterior.

KIPP (*Impugnación...*, R.D.P., 1924, pág. 7) señala que, a pesar de que no es impugnable el pago de deuda vencida y exigible, sí lo es una constitución de prenda en favor de uno cualquiera de los acreedores.

Al comentar la obra de los Glosadores, PIANO MORTARI (*L'azione revocatoria nella giurisprudenza medievale*, ed. Giuffrè, Milano, 1962) se refiere a las disposiciones discordantes que se recogen en el Digesto para la hipótesis de constitución de prenda a favor de un acreedor. Mientras en unas se afirma la revocabilidad, en otra de ellas se niega. El autor hace un largo apunte de la postura adoptada por los distintos glosadores (págs. 82-83).

De todo ello se extrae el siguiente criterio: la preferencia del interés del acreedor sobre el interés de aquél tercero beneficiado por el acto del deudor insolvente⁴¹. Así quedó plasmada en el Digesto la razón que justifica que tales actos puedan revocarse con independencia del conocimiento que el tercero pudiera tener del perjuicio que se causaba:

"porque el Pretor consideró injusto que permaneciese con el lucro el que experimentó lucro por el fraude; y por esto creyó que se le debía quitar el lucro" (D. 42, 8, 10, 24)⁴⁵.

La regulación justiniana del fraude de acreedores, extendida y aplicable en todo el Imperio, permanece todavía en el sustrato de los actuales sistemas de tratamiento del fraude de acreedores en los países de la Europa Occidental.

III. EL REDESCUBRIMIENTO DEL DERECHO ROMANO EN LA EDAD MEDIA: EL ESTUDIO Y DESARROLLO DE LOS MECANISMOS REVOCATORIOS EN ITALIA Y EN FRANCIA (SEGUN PIANO MORTARI)

El Derecho romano queda prácticamente olvidado durante la Alta Edad Media, para volver a despertar con los albores del *rinascimento bolognese*⁴⁶. Para el estudio de esta etapa de la trayectoria de la acción pauliana, se ha tomado como punto de referencia constante el trabajo de Vincenzo Piano Mortari, *L'azione revocatoria nella giurisprudenza medievale* (1962). Este autor ha señalado que, para encontrar un tratamiento completo de la acción

⁴¹ G. MAY (*Éléments de Droit Romain*, 17^a ed., París, 1927, pág. 667), por ejemplo, sistematiza el régimen del tratamiento del fraude distinguiendo entre actos gratuitos y onerosos. Realizados en estado de insolvencia, los primeros pueden considerarse objetivamente fraudulentos, mientras que los segundos exigen prueba de la intención de defraudar o del conocimiento del fraude o lesión.

⁴⁵ De la traducción de GARCIA DEL CORRAL (*Cuerpo del Derecho civil romano*, III, Barcelona, 1897, pág. 400).

⁴⁶ Señala PIANO MORTARI (*L'azione revocatoria nella giurisprudenza medievale*, ed. Giuffrè, Milano, 1962, pág. 13) que los medios revocatorios desaparecen en la Alta Edad Media y no vuelven a aparecer hasta la época del *rinascimento bolognese*.

revocatoria, debemos atender al momento en que, con los glosadores de la Escuela de Bolonia, el Derecho del *Corpus Iuris* vuelve a ser considerado en toda su complejidad⁴⁷.

III.1. La Escuela de los Glosadores (Bolonia)⁴⁸

Distingue Piano Mortari entre los glosadores preaccursianos y la glosa de Accursio.

1.1. Los glosadores preaccursianos

Las obras de este periodo en que se recogen estudios sobre la acción pauliana son las siguientes: 1º la *Summa Trecensis*⁴⁹ y la *Summa Institutionum Vindobonensis*⁵⁰,

⁴⁷ La cultura germana, que invade la península itálica en la Alta Edad Media, no manifiesta la impronta de la acción pauliana, aunque -al igual que ocurriera en el Derecho romano, también se evolucionó desde la ejecución personal hacia un sistema de ejecución patrimonial (PIANO MORTARI; *L'azione...*, págs. 13 y siguientes).

⁴⁸ La Escuela de Bolonia parece que nació entre finales del siglo XI y principios del XII. Uno de los primeros maestros que enseñó Derecho allí fué Irnerio, a quien se atribuye el mérito de lograr el carácter autónomo de la ciencia del Derecho. El origen de esta nueva Ciencia jurídica europea se debe al descubrimiento del Digesto, que es objeto de estudio de Irnerio y sus discípulos. El método exegético, con anotaciones en los textos, les dió el nombre de glosadores (G.E.R.; voz Irnerio).

⁴⁹ En ella encontramos una *consideración sintética de los principios fundamentales de la acción revocatoria* (PIANO MORTARI; *L'azione...*, pág. 21). La Suma trata el tema del *eventus damni*, requisito objetivo para el ejercicio de la acción. Indica también qué actos pueden considerarse fraudulentos. El jurista medieval acoge el sentido amplio en que se utiliza el término *enajenar* en Derecho justiniano, que se extiende a los actos de disposición y a las omisiones. En cuanto a la legitimación activa para el ejercicio de la acción pauliana, correspondería a los acreedores. La rescisión del acto requiere la mala fé del tercero. Sin embargo, señala Piano Mortari, si fuese de buena fe, respondería sólo por las adquisiciones a título gratuito y en la medida del enriquecimiento (págs. 21- 29).

⁵⁰ El autor se limita prácticamente a reproducir los textos de las Instituciones de Justiniano y, de acuerdo con el sentido que se da allí a la acción mantiene su carácter real. Sin embargo, señala PIANO MORTARI (*L'azione...*, págs. 29-36), los glosadores del texto sostuvieron el carácter personal de la acción, basándose en la exigencia del *consilium fraudis* o participación del adquirente en el fraude. El fundamento de la revocatoria no está, por tanto, en un derecho real del acreedor sobre los bienes del deudor, sino en el comportamiento fraudulento del enajenante y adquirente, o bien, cuando se trate de adquisiciones a título

atribuidas a Irnerio; 2º el *Arbor Actionum*, de Giovanni Bassiano⁵¹; 3º la *Summa Codicis* y la *Summa Institutionum*, de Piacentino⁵²; y 4º en general, la obra de Azón⁵³ (especialmente la *Summa Codicis*, considerada hasta la Edad Moderna como la más completa y profunda síntesis del Derecho Civil).

Piano Mortari⁵⁴ explica que en la obra de Azón se observa un intento de resolver la cuestión relativa al significado técnico del fraude, cuestión de la que no se ocuparon los glosadores anteriores. Son dos los presupuestos para que proceda la revocación por fraude: el *consilium fraudis* y el *eventus damni*. A partir de estos elementos Azón logra esculpir la concepción romana del fraude. Para que exista fraude deberá concurrir una voluntad fraudulenta y un resultado lesivo del interés de los acreedores.

gratuito, en el *indebido enriquecimiento* de éste a costa del fraude y en el perjuicio del acreedor.

⁵¹ Giovanni Bassiano (siglo XII) recoge en esta obra una descripción esquemática de las distintas acciones civiles y pretorias del Derecho romano (vease en la obra citada de PIANO MORTARI, págs. 36-41).

⁵² Piacentino pertenece a la segunda generación de la escuela de los glosadores. Nace en Piacenza (1135), de donde deriva su nombre por ignorarse el verdadero. Enseñó en Mantua y en Bolonia, de donde tuvo que huir por sus disputas con Enrique de Baila y se trasladó a Montpellier, donde fundó una escuela de Derecho, seguramente la primera de *Ius Civile* que hubo en Francia, en la que se siguió el método exegetico. Allí elaboró la *Summa Codicis* y la *Summa Institutionum* (G.E.R., voz Piacentino).

Estas dos obras de Piacentino contienen, a juicio de PIANO MORTARI (*L'azione...*, págs. 41-53), la más refinada y compleja reelaboración teórica de los principios de la revocatoria en Derecho romano. El célebre glosador se plantea los principales problemas sobre la acción pauliana: 1º ¿Cuántas son las acciones revocatorias? 2º ¿A quién se le concede? 3º ¿Cuál es su objeto? y 4º ¿Cuál es el plazo de ejercicio?

⁵³ Azón de Ramenghis nace en Bolonia a mediados del siglo XII y muere en la misma ciudad después de 1230. De él dice PIANO MORTARI (*L'azione...*, pág. 53) lo siguiente: "*con Azzone la giurisprudenza medievale dimostra con chiarezza di aver esteso e approfondito rispetto all'opera dei giuristi precedenti la problematica sull'azione revocatoria suggerita dai testi giustiniane*".

⁵⁴ PIANO MORTARI; *L'azione...*, págs. 56 y siguientes.

*"De fraude autem ideo dictum est, quia duo oportet intervenire, ut locum habeat haec actio: id est quod in veritate fraudulentur creditores, et ipse hoc voluit ut creditores fraudarentur"*⁵⁵.

Azón señala que no siempre será necesario probar la participación del tercero en el fraude. A estos efectos, el autor distingue entre los actos jurídicos onerosos y los lucrativos:

*"Item ut locum habeat edictum, necesse est, quod qui accipit a debitore, participet cum eo fraudis consilio. Distingue tamen, an habeat lucrativum titulum an non. Si habeat lucrativum titulum non requiritur fraus eius, sed debitoris tantum, et quod vere fraudulentur creditores... Si autem non habet lucrativum titulum ita demum tenetur, si ipse fraudem participaverit..."*⁵⁶.

Con el esquema de Azón coincide la actual regulación del tratamiento del fraude en el Código civil italiano. La mala fe del deudor se requiere aunque se trate de un acto gratuito. No se prescinde nunca plenamente del elemento subjetivo del fraude. El sistema español, sin embargo, evolucionará en diverso sentido.

1.2. La Glosa de Accursio⁵⁷

La idea de fraude que aparece en la Glosa Ordinaria constituye una profundización en el concepto ya delineado por Azón⁵⁸. Se respeta el principio justiniano

⁵⁵ El texto es de la *Summa Codicis*. La cita está tomada de la pág. 57 de la obra de Piano Mortari a que venimos haciendo referencia.

⁵⁶ El texto es de la *Summa Codicis* y está tomado de la obra de Piano Mortari, págs. 59-60 (nota nº 104).

⁵⁷ Recordemos brevemente la importancia de la obra de Accursio. El jurisconsulto italiano murió en Bolonia hacia 1252, tras dar lecciones en el Estudio General de esta ciudad durante más de cuarenta años. Alumno de Azón y, después, colega suyo. La fama de que gozó se debe a la colección de glosas de los juristas anteriores y contemporáneos (*Magna Glossa*, *Glossa Magistralis* o simplemente Glosa: se convirtió a mediados del siglo XIII en la Glosa Ordinaria, que alcanzó incluso sanción legislativa). La Glosa fue instrumento de autoridad en los tribunales, y -obviamente- también en la enseñanza del Derecho, hasta el punto de equipararse a las Pandectas. Con la Glosa de Accursio finaliza la etapa de los Glosadores. (G.E.R.; voz Accursio). Su obra es considerada, dice Piano Mortari, como el punto de consolidación de la exégesis de los doctores de Bolonia (pág. 73).

⁵⁸ PIANO MORTARI; *L'azione...*, pág. 78.

según el cual sobre el acreedor pesa la carga de la prueba del fraude. Sin embargo, la aportación de Accursio al intento objetivador del fraude es importante. La aproximación a la objetivación se opera mediante presunciones. El autor de la Glosa explica que es evidente la existencia del fraude en determinados casos. Por ejemplo, cuando el deudor enajena la totalidad de su patrimonio. Esta presunción cesaría si la enajenación del patrimonio fuera parcial (*"si ergo (aliquis) partem vel rem alienavit, cessat haec praesumptio et oportet probari dolum et eventum"*⁵⁹).

¿Cuáles son los actos revocables y por qué se caracterizan? Accursio centra su estudio en torno a la obra justiniana. Piano Mortari⁶⁰ enumera los actos revocables, y expone los comentarios de la Glosa de Accursio a algunos de ellos. Es susceptible de revocación la *venta del deudor hecha aparentemente a un precio inferior al real o bien al justo precio pero con el propósito de sustraerlo del alcance de los acreedores*⁶¹. Son revocables también los *actos a título gratuito; las donaciones; la constitución de legado; la renuncia a la prenda o a la preferencia en el cobro; la constitución de prenda a favor de un acreedor y en fraude de los restantes; la constitución de dote; el pago de una deuda no vencida; la in iure cessio hereditatis; la transacción; la derrelicción; la acceptilatio*. No es necesario señalar también, dice Piano Mortari, la *pérdida fraudulenta de un usufructo, o de una servidumbre por el no uso, o bien la fijación fraudulenta de los linderos de la finca con el propietario del fundo vecino*. Atención especial merecen, continúa Piano Mortari, las *omisiones fraudulentas del deudor*, que la Glosa equipara al comportamiento activo en fraude de los acreedores. Entre los actos impugnables con la revocatoria se comprende también la *asunción de nuevas obligaciones* (en la Glosa se pone el ejemplo de quien asume una deuda, o el de quien en fraude de acreedores acepta una herencia con pasivo superior al activo). Por último, en cuanto a la revocación de los *pagos* la Glosa distingue -dentro de los pagos de deudas vencidas- según se hayan hecho antes o después de la *missio in bona*. Accursio admite la revocatoria sólo en este último caso. El fundamento de la revocabilidad de tales pagos es un *principio de justicia*,

⁵⁹ El texto es de la Glosa de Accursio (*gl. universa ad D. 42, 8, 17, § 1, quae in fraudem creditorum facta sunt. l. omnes, §. Lucius*; citado por Piano Mortari, pág. 82).

⁶⁰ *L'azione...*, págs. 82 y ss.

⁶¹ En la obra de PIANO MORTARI; *L'azione...*, pág. 82.

el deseo de asegurar a los acreedores un tratamiento de igualdad⁶². Son revocables los pagos de deudas sometidas a término o condición suspensiva; como los de obligaciones naturales, y todos aquellos en que no subsiste el derecho del acreedor a la satisfacción de su crédito.

III.2. La revocatoria en el Derecho estatutario (Italia, s. XIII)

En la época de la jurisprudencia boloñesa encontramos asumidos por el Derecho estatutario puntos de vista contrarios a las normas justinianeas, independientes de éstas, o nuevos conceptos nacidos al margen de la tradición romana. El instituto de la acción revocatoria, por responder a una exigencia de la vida jurídica de la época, es regulado en las normas estatutarias⁶³. Los aspectos más relevantes de la regulación estatutaria son dos: 1º) la tendencia a establecer presunciones de fraude que faciliten al acreedor la impugnación⁶⁴; y 2º) la tendencia a calificar de *nulos* los actos fraudulentos⁶⁵.

⁶² "Nemo enim videtur fraudare eos, qui sciunt et consentiunt... Item et excusator accipiens a debitore, si ille, qui accepit, erat creditor: et antequam bona debitoris possideantur vigilavit, ut debitor sibi satisfaceret. Sed et debitor impune solvit, cum eum praeses invitum solvere cogeret. Postea autem, cum bona possessa sunt, quilibet creditor in portionem vocandus est, et caeteris exequandus. Nec debet quis praecipere caeteris, cum conditio creditorum iam sit parificata." (El texto es de la Glosa Ordinaria de Accursio; la cita está tomada de la obra de Piano Mortari, pág. 88).

⁶³ PIANO MORTARI; *L'azione...*, págs. 128 y ss.

⁶⁴ En este sentido, por ejemplo, el *Constitutum usus* de Pisa (1233), que según Piano Mortari es una confirmación de la disciplina romanística, prevé en el ámbito de la prueba del *consilium fraudis* presunciones de fraude -desconocidas como tales en el Derecho romano- para los negocios a título gratuito realizados en estado de insolvencia.

También los Estatutos *di Vercelli* (1241) establecen que, exceptuando la constitución de dote, los actos de transmisión de bienes efectuados entre personas con estrechos vínculos de parentela (línea directa; esposa y parientes de ésta) debían considerarse fraudulentos.

En esta línea, una disposición de 1263 de los estatutos de Bérgamo, extiende la presunción de fraude a todos los actos a título gratuito u oneroso concluidos por el deudor con sus descendientes o bien con quien esté unido por vínculos de cohabitación; también a los actos por los que el deudor renuncie a la constitución de un feudo a su favor, con la investidura sucesiva a favor de uno de sus descendientes, o de su hermano o sobrino. Estos actos se consideran simulados, ficticios y nulos *ipso iure*, señala Piano Mortari, a menos que se demuestre el carácter no fraudulento.

⁶⁵ Así, por ejemplo, el *Statuto di Pinerolo* (1220) estableció la invalidez de los actos fraudulentos realizados en perjuicio de acreedores. Los actos de este género, comenta Piano

III.3. La obra de los juristas postaccursianos (Italia)

También en el periodo postaccursiano los juristas continúan la obra de desarrollo de la doctrina de la revocatoria. Se caracteriza esta época por un acercamiento a la práctica⁶⁶, con abandono de los debates teóricos. En el *Commentarium in universum ius*, Jacopo d'Arena⁶⁷ -en la línea marcada por el Derecho Estatutario- sostiene que hay actos y circunstancias particulares relativas a la persona del deudor cuyo carácter especial induce a presumir el fraude (por ejemplo, la enajenación realizada inmediatamente antes de la comisión de un delito; se presume su carácter fraudulento debido a que una de las consecuencias del delito es la confiscación de los bienes del reo para su venta).

III.4. La Escuela de Orleans (Francia)

La Escuela de Orleans discurre en Francia, paralela al trabajo de los juristas postaccursianos, y llega a elevar la Ciencia jurídica francesa al nivel alcanzado por la italiana. El pensamiento jurídico comienza a apartarse de la autoridad de la Glosa, y se observa con

Mortari (pág. 136), se equiparan a los simulados y, por tanto, son privados *ipso iure* de validez jurídica. Aparece un nuevo motivo de polémica doctrinal: ¿Cuáles son los efectos de la acción revocatoria? ¿Rescisión o nulidad? La cuestión interesará a los comentadores, que la tratarán ampliamente en sus obras. En este sentido, del contenido de una disposición del Estatuto de Siena (1262) se deduce que la acción revocatoria debía ser configurada como acción tendente a hacer ineficaz el acto fraudulento que antes de revocarse no podía ser considerado inválido *ipso iure* (se habla ya de retroacción). La nulidad *ipso iure* no puede ser alegada por el deudor enajenante ni sus herederos.

⁶⁶ En este sentido, puede citarse el *Speculum Iuris* de Guglielmo Durante, con soluciones de marcado carácter procesal; el *Super titulo de Actionibus* de Giovanni da Blanosco, definido por Savigny como un comentario práctico al título "*de Actionibus*" de las Instituciones Justinianeas; la obra de Dino da Mugello; o el *Commentarium in universum ius*, de Jacopo d'Arena. (En la obra de Piano Mortari, págs. 141-154).

⁶⁷ De su obra dice PIANO MORTARI (*L'azione...*, págs. 150 y siguientes) que no se trata de una simple reelaboración del pensamiento de la Escuela de Bolonia. Jacopo d'Arena introduce nuevos principios teóricos que no aparecen en la Glosa ni en la obra de los glosadores.

respecto a la acción revocatoria un impulso creativo, principalmente en los escritos de Pierre de Belperche y Fabro⁶⁸.

Pierre de Belperche (S. XIII) se aparta de las concepciones de corte romanista sobre la acción revocatoria. Aparece en su obra, como en la de Fabro, la idea de las presunciones de fraude, desconocidas en el Derecho romano.

III.5. La doctrina de los Comentaristas (Italia)

En el siglo XIII el estudio de la Ciencia jurídica en Italia evoluciona hacia un nuevo método, el Comentario, bajo la influencia de la doctrina francesa, e impulsado por el problema surgido a raíz del contraste entre las reglas del Derecho Estatutario⁶⁹ y los principios del Derecho romano⁷⁰. Se constata, afirma Piano Mortari, la influencia del Derecho Estatutario sobre el pensamiento jurídico de los Comentaristas.

Jacopo Butrigario apunta que no siempre existe en el adquirente la participación subjetiva en el propósito fraudulento y centra en el fraude del deudor el punto de atención de la acción revocatoria⁷¹.

⁶⁸ PIANO MORTARI, V.; *L'azione...*, pág. 155 y ss.

⁶⁹ El Derecho Estatutario continuó estableciendo, a lo largo de los siglos XIII, XIV y XV, presunciones de fraude y, ligado al concepto de presunción de fraude, siguió asociándose el acto fraudulento a la nulidad *ipso iure*. En este sentido, por ejemplo, los Estatutos de Frignano (1337); de Cremona (1339); los del Común de Omegna (1384); Módena (1327); Florencia (1322). En 1415, los Estatutos de Florencia establecieron la presunción de fraude para los actos realizados por el deudor posteriormente quebrado, en un periodo determinado (tres meses) precedente a su fuga, y en consideración a la naturaleza del negocio. Se trata de precedentes del sistema de retroacción de la quiebra. En idéntico sentido, los Estatutos de Cremona de 1338. Al declarar ineficaces los actos celebrados en esas circunstancias, se supera también otro principio del Derecho romano, la necesidad de la previa ejecución patrimonial del deudor para probar la existencia del daño. Se afianzan así los criterios objetivos de los que se deduce la existencia del fraude.

⁷⁰ PIANO MORTARI, V.; *L'azione...*, pág. 176 y ss.

⁷¹ PIANO MORTARI; *L'azione...*, págs. 183-185.

En el pensamiento de Alberico da Rosciate, considerado el práctico por antonomasia⁷², la cuestión relativa a los efectos del negocio fraudulento se resuelve en favor de la anulabilidad del acto y en contra de considerar que se trata de actos nulos *ipso iure*.

En cuanto al mejor jurista de la Escuela de los Comentaristas (a juicio de Piano Mortari), Bartolo di Sasoferrato⁷³, queremos destacar un aspecto de su aportación al estudio de la revocatoria. Bartolo di Sasoferrato busca precisar el alcance de la acción y determina que se trata de un medio para devolver el patrimonio del deudor a su primitivo estado. Se trata de una idea de la acción como reintegradora del patrimonio del deudor evadido en perjuicio de sus acreedores. Bartolo propone un caso singular: la venta de un bien por la mitad de su valor. Sostiene, nos dice Piano Mortari, que el defecto de equivalencia entre el precio pagado y el valor de la cosa vendida repercute sobre la naturaleza jurídica del acto de transferencia; sólo la mitad de la cosa vendida puede considerarse transmitida a título oneroso, a efectos del ejercicio de la acción, y la otra mitad a título gratuito.

Baldo degli Ubaldi aporta la idea de notoriedad de la insuficiencia patrimonial (*quem non esse solvendo probatur per famam vicinorum*) del deudor como elemento suficiente para probar la insolvencia⁷⁴. Siguiendo a Baldo, profundizó en materia de presunciones de fraude el jurista Angelo Gambilioni di Arezzo⁷⁵; se trata de presunciones del elemento objetivo del fraude, que facilitan la prueba de la notoriedad de la insolvencia.

Cuando Giovanni Piazza escribe su Comentario a las Instituciones, la doctrina sobre la acción pauliana estaba ya elaborada, básicamente sobre los principios romanos. Pero, como señala Piano Mortari, el campo más abierto al desenvolvimiento creativo era siempre lo referente a los elementos de los que se podía deducir la presencia del *consilium fraudis* y liberar al acreedor de la carga de la prueba⁷⁶. En este sentido, además de los criterios aportados por otros comentaristas, Piazza sugiere los siguientes: puede presumirse el fraude

⁷² PIANO MORTARI, V.; *L'azione...*, pág. 185.

⁷³ En la obra de Piano Mortari, págs. 187-189.

⁷⁴ En la obra de Piano Mortari, págs. 189-192.

⁷⁵ En la obra de Piano Mortari, págs. 192-201.

⁷⁶ PIANO MORTARI, V.; *L'azione...*, págs. 201-205 (las últimas palabras son traducción literal, pág.202).

cuando el deudor enajena "a escondidas" parte de sus bienes; cuando el deudor posee sus bienes después de enajenarlos (lo que vendría mejor a ser indicio de simulación); cuando el deudor se fuga o comete un delito después de la enajenación; cuando enajena bajo la condición de que se verifique la confiscación de sus bienes o de su desposesión por parte de los acreedores.

5.1. *Giason del Maino*

El punto de llegada y de conclusión de la doctrina de los Comentaristas sobre el problema de la revocatoria, señala Piano Mortari⁷⁷, puede ser considerado el comentario al título *De actionibus* de las Instituciones de Justiniano, escrito por Giason del Maino. Los actos fraudulentos son actos válidos y eficaces, distintos de los actos simulados para los que no sería precisa la revocatoria por ser nulos *ipso iure*. ¿Cuál es la aportación de Giason del Maino a la técnica de la prueba del *consilium fraudis* elaborada por los juristas medievales?, pregunta Piano Mortari. Y responde que Giason extiende el campo de aplicación de los criterios de las presunciones de fraude⁷⁸: *la relación entre el valor del bien enajenado y la cantidad pagada como precio correspondiente a la compraventa es otro criterio para valorar el carácter fraudulento o no del acto*.

IV. EL DESARROLLO DE LA ACCION PAULIANA TRAS LA RECEPCION DEL DERECHO ROMANO EN ALEMANIA

El Derecho romano vigente tanto tiempo en Alemania se caracterizó por ser Derecho subsidiario, no excluyente de otros ordenamientos⁷⁹. De él afirma Windscheid: "el

⁷⁷ *L'azione...*, pág. 205. Sobre la obra de Giason del Maino, págs. 205-220.

⁷⁸ *L'azione...*, pág. 215.

⁷⁹ Según IGLESIA (*La creación del Derecho*, I, Signo, 1992, pág. 409), la Recepción del Derecho Común tiene lugar en Alemania en 1495, *cuando se crea el Tribunal Cameral del Imperio* (das Reichskammergericht) y se establece que sus jueces y asesores decidan las causas según los derechos comunes del Imperio (nach des Reichs gemeinen Rechten) "es decir, según los derechos comunes (romano y canónico), además de según las ordenanzas, los

*derecho romano tiene eficacia bajo la forma en que fue acuñado por obra de la codificación justiniana y la teoría de la escuela de Bolonia, que fue bajo la cual se recibió*⁸⁰. Frente a quienes afirmaban que el derecho romano perdió su vigencia con la desaparición del Imperio, Windscheid argumentó que *el hecho es que desde entonces rige en los estados alemanes individualmente considerados, como derecho particular, precisamente porque la propia legislación estatal así lo ha preservado*⁸¹. En la legislación estatal se declara vigente y subordinado a la legislación federal y del Imperio, el Derecho común en materia de obligaciones, penal, comercial y de derecho cambiario, así como *numerosas materias especiales de derecho civil conectadas intensamente con el proceso*⁸².

En 1877 nace la Ley de Quiebras (de 10 de febrero), *Konkursordnung*, como una más entre las leyes imperiales⁸³. El fraude de acreedores aparece tratado además en la *Anfechtungsgesetz* (ley de 21 de julio de 1879), ley que se ocupa de la impugnación extraconcursal de los actos del deudor, cargada de matices procesales y que se aparta del ámbito del Derecho civil. Esto explica probablemente la ausencia de la acción pauliana o de cualquier otra norma relativa al fraude de acreedores en el B.G.B., posterior a la ley concursal (1896).

estatutos y las costumbres de los principados, de las señorías y de los tribunales que hasta entonces habían sido observados. (...). Sin embargo venía recibido -y aquí una tradición cultural secular tenía su peso- no en sus nudas normas, sino acompañado de la interpretatio italiana y por excelencia de la glosa accursiana, como se declarará más tarde con el famoso dicho: quicquid non agnoscit glossa nec agnoscit forum" (Calasso, *Medio evo*, 623-624; citado por el autor).

⁸⁰ WINDSCHEID; *Tratado de Derecho civil alemán*, I-1º, traducción de Fernando Hinestrosa de la 8ª ed. (con anotaciones de T. Kipp), pág. 5.

En el mismo sentido se pronuncia su discípulo, T. KIPP (*Impugnación de los actos "in fraudem creditorum"*, en *Derecho romano y en el moderno Derecho alemán*,..., R.D.P., 1924, págs. 1 y siguientes).

⁸¹ WINDSCHEID; *Tratado*..., I-1º, pág. 8.

⁸² WINDSCHEID; *Tratado*..., I-1º, pág. 22.

⁸³ Junto a la *Konkursordnung*, se publican otras leyes que complementan la regulación de la insolvencia. Entre ellas, la *Anfechtungsgesetz*.

Pese a que pudiera parecer lo contrario, la regulación del fraude de acreedores, que -como vemos- queda relegada al ámbito procesal, *entronca* con la acción de impugnación por fraude del Derecho justinianeo, según Kaser⁸⁴.

Según Kipp⁸⁵, fue el Derecho francés el que inspiró la Ordenanza prusiana de concursos (1855) y la ley de impugnación por los acreedores de los actos del deudor insolvente fuera del concurso, de ese mismo año; normas que -a su vez- se tomaron como guía para la redacción de la *Konkursordnung* (1877) y de la *Anfechtungsgesetz* (1879). La consideración de la indirecta influencia francesa en la KO y en la *Anfechtungsgesetz* no obsta a la idea de que la acción de impugnación de los acreedores prevista en estas normas (*gläubigeranfechtung*) *entronque* con la acción pauliana, porque esta acción fue recibida también en el ordenamiento francés.

Por otro lado, hay que señalar que también los Derechos locales en Alemania habían otorgado protección al acreedor frente a los actos de enajenación de su deudor, e incluso alcanzó el tratamiento del fraude de acreedores un alto grado de objetivación⁸⁶.

⁸⁴ KASER; *Derecho romano privado*, (versión directa de la 5ª ed. alemana por J. Santa Cruz), Reus S.A., 1968, pág. 57. Refiriéndose al texto del Digesto 22, 1, 38, 4, al que se atribuye el nombre de la acción como pauliana, por ser un texto de Paulo, añade: "Con esta acción *entronca* la moderna anulación promovida por los acreedores".

⁸⁵ KIPP, T.; *Impugnación de los actos "in fraudem creditorum"*, en *Derecho romano y en el moderno Derecho alemán*,..., R.D.P., 1924, págs. 1 y siguientes.

⁸⁶ Transcribimos aquí la descripción que hace KIPP (*Impugnación de los actos "in fraudem creditorum"*, en *Derecho romano y en el moderno Derecho alemán*,..., R.D.P., 1924, págs. 10 y 11) de algunos casos: "En algunos Derechos locales nos encontramos ya, antes del siglo XIV, con una protección de los acreedores contra actos de enajenación y gravamen de bienes inmuebles, independientemente de toda intención lesiva del deudor. Ya el Derecho de la ciudad de Bamberg, de 1350, declara nulas, en interés de los acreedores, las enajenaciones de fundos. Otros Derechos disponen que los acreedores podrán impugnar las enajenaciones o gravámenes de un fundo en el plazo de un año y un día; tal, v.gr., los Derechos locales de Bremen (1303), Verder (1426, art. 16) y de Magdeburgo. El Derecho de la ciudad de Lübeck decreta la nulidad de las enajenaciones de inmuebles por parte del deudor, cuando éste se dé a la fuga dentro de las cuatro semanas siguientes y los acreedores hagan valer sus derechos sobre el inmueble enajenado en el mismo término. (...). Con arreglo a las Ordenanzas de Ausburgo, de 1480 y 1492, todo acreedor asistido de título ejecutivo puede dejar sin efecto una enajenación ulterior, haciendo efectivo su crédito sobre el objeto enajenado".

V. EL DESARROLLO DE LA ACCION PAULIANA TRAS LA RECEPCION DEL DERECHO ROMANO EN LA PENINSULA IBERICA

En la Península, poco después de la muerte de Justiniano los visigodos se independizan y arrojan definitivamente a los bizantinos de los territorios que, junto a ellos, habían conquistado durante el siglo anterior. Hasta el nacimiento de la legislación visigótica se rigen por el Derecho romano en vigor. Conviven las concepciones jurídicas romana y germana. Así, el Código de Eurico (romano-germánico, entre los años 466 y 481); el Breviario de Alarico (de corte romano, vigente hasta el año 654, aproximadamente, con la promulgación de la *Lex Visigothorum*); y, finalmente, el *Liber Iudiciorum* (*Lex Visigothorum*) de Recesvinto, con el que cuaja definitivamente el carácter unificador. Al margen del Líber, no hubo un Derecho general del Reino en la Alta Edad Media. Recesvinto reacciona frente a la dirección exclusivamente romanista, pero el Derecho Romano no retrocede en las posiciones adquiridas: el Breviario es limitadamente derogado, pero sigue en vigor como Derecho supletorio *en materia de Derecho civil*, en la que el Líber era deficiente. El Breviario siguió vigente en las regiones extremas del Reino Visigodo como costumbre (así, en Cataluña y la Septimania)⁸⁷. Posteriormente, en el siglo VII, San Isidoro de Sevilla recoge en *Las Etimologías* la cultura jurídica de su tiempo, obra de la que en lenguaje metafórico se ha dicho *que había de ser el libro de texto de la cultura, clara estrella en la noche brumosa de aquella edad que se hundía cada vez más en la obscuridad de la ignorancia*⁸⁸.

Hacia el siglo XIII, entrada la Baja Edad Media, tiene lugar en la Península la Recepción del Derecho Común (romano y canónico) bajo la interpretación de la Escuela de Bolonia, por ser los estudiantes hispanos que regresaban de allí quienes se constituyeron en ayudantes de los Reyes como operadores jurídicos y colaboraron en la elaboración de los

⁸⁷ Algunas de estas cuestiones son discutidas actualmente por los historiadores del Derecho. Nosotros hemos utilizado como referencia la conferencia de TABERA (*El Derecho romano en España poco antes y poco después de Justiniano*, publicada por el Ilustre Colegio de Abogados de Albacete, 1953).

⁸⁸ TABERA, A.; *El Derecho romano en España poco antes y poco después de Justiniano*, conferencia publicada por el Ilustre Colegio de Abogados de Albacete, 1953. (El texto que se cita es de esta misma conferencia, pág. 20 del fascículo en que se publicó).

libros de recopilación. La Recepción del Derecho Común favoreció una mejor comprensión de los pasajes de derecho romano contenidos en el *Líber*.

Con Alfonso X son redactadas las Siete Partidas (1256-1265 ó 1263), que dan unidad jurídica a todos los naturales y cuyas normas se conservarán como Derecho aplicable hasta los albores del Código civil.

V.1. Las Partidas (s. XIII)

La Partida Quinta contiene el texto por el que el régimen de los actos celebrados en fraude de acreedores queda establecido durante un periodo de seis siglos.

Se trata del Título XV. *"Como an los deudores a desamparar sus bienes quando non se atreuen a pagar lo que deuen e como deue ser reuocado el enagenamiento que los debdores fazen"*. En particular, las Leyes VII, VIII, IX, XI y XII de este título. En ellas encontramos los precedentes inmediatos de la regulación actual. Las pautas del tratamiento del fraude son las mismas, en términos generales, que las que seguirá tiempo después el Código civil.

Las enajenaciones a título oneroso realizadas una vez recaída sentencia condenando al pago al deudor insolvente son revocables por fraude de acreedores, que se presume⁸⁹. Encontramos aquí un precedente de nuestro art. 1.297-II del Código civil. En cuanto a las transmisiones de bienes sin contraprestación, sea *inter vivos*, sea *mortis causa*, son también revocables cuando como consecuencia de ellas no pudieren los acreedores del transmitente cobrar sus créditos⁹⁰. Por lo que se refiere a las transmisiones a título oneroso

⁸⁹ *"E tal debdor como este, acaesce a las vegadas que despues que es condenado, en juyzio, que pague las debdas e ha mandado el judgador fazer entrega de los bienes del que los enagena todos porque no puedan fallar de lo suyo, de que entregue a aquellos que lo deuen auer. E porende dezimos, que tal enagenamiento como este, puede reuocar aquellos, q deue ser entregados enellos, desde el dia q lo supiere, fasta un año. Porque se da a entender, que pues q todo lo suyo enagena desta manera, que lo faze maliciosamente e con engaño."* (Ley VII, tít. XV, P. V).

⁹⁰ *"Esso mesmo dezimos que seria (lo mismo que en el caso de enajenaciones posteriores a la condena en juicio a pagar las deudas), si tal debdor diesse en su vida, o madasse en su testamento: alguna cosa de las suyas a otro. Ca si de lo que finca, no pudiessen ser entregados, e pagados aqillos, a quié deuiessse algo, q se puede reuocar tal donacion, o manda, en la manera que de suso diximos"* (L. VII, T. XV, P. V).

(dejando a salvo las realizadas después de recaída sentencia condenando al pago), a la dote y a la prenda, deberá probarse que el deudor obró con ánimo de defraudar a los acreedores y que el tercero tuvo conocimiento de ello⁹¹.

También tratan las Partidas la cuestión de los pagos hechos en estado de insolvencia, en un texto precioso de la Ley IX, Tít. XV, P. V. Dice así:

"Ama a las vegadas el que es debdor de muchos: mas el pro del uno que de los otros: e porende acaesce que ante que fagan entrega en los bienes del que paga su debdo a aquel a quien bien queria. E en tal razon como esta dezimos que maguer los otros bienes que le fincan non cumplan a pagar las debdas de los otros que non le pueden apremiar, que torne aquello que recibio en paga de mano de su debdor. Esso mismo dezimos que seria si la paga fiziesse otrosi ante que desamparasse los bienes. Mas si la paga fiziesse despues que fuesse fecha la entrega, o que desamparasse sus bienes, quier lo fiziesse de su voluntad, quier por premia del judgador: estonce bien la podrían demandar los otros debdores al que la ouiesse recebido: e deue ser tornada e ayuntada con los otros bienes que desamparo: e de si deue lo partir todo entre los debdores en la manera que diximos."

Un último supuesto de fraude, en los textos de Partidas, se refiere a la remisión de deudas. El acto por el que el deudor hace quita de las deudas que otros tienen frente a él, en perjuicio de sus propios acreedores, puede ser revocado siempre y cuando quede probado que el deudor liberado conocía del fraude⁹².

⁹¹ "E si por auentura aquella cosa non la enagenasse dandola o mandadola en su testamento, mas la vendiesse o la camiasse, o la diesse en dote o a peños, estoce dezimos que si pudiesse ser prouado, que aquel q recibiesse la cosa en alguna destas maneras sobredichas, sabia q el debdor fazia este enagenamieto maliciosamente, o co engaño, q puede ser reuocado fasta aquel tiepo q de suso diximos." (Ley VII, Tít. XV, P. V).

⁹² "Maliciosamente quitan a las vegadas omes y ha las debdas que les deuen, por fazer engaño a aquellos cuyos debdores son ellos. E porende dezimos, que ningun quitamiento que estos atales fiziesen a sus debdores, non deue valer, si fueren sabidores del engaño, aquellos aquien quitan el debdo." (Ley XII, Tít. XV, P. V).

V.2. La acción revocatoria en la obra de Hevia Bolaños (1790)⁹³

"Revocatoria es revocar la ena(g)enación, que de sus bienes hizo el deudor en perjuicio de sus acreedores, según dos Leyes de Partida (L.14, tít.13 y L.7, tít.15, P.5)"⁹⁴.

En atención a cada una de estas Leyes de Partida, el autor distingue entre una acción revocatoria de carácter personal (como la revocatoria actual) y una revocatoria por acción real⁹⁵. La revocatoria por acción real o revocatoria hipotecaria es, como vamos a ver, peculiar de la época.

2.1. "Revocatoria, por acción real, ó h(y)potecaria"

Es comprensible el recurso a esta acción en un momento en que no existía un Registro de la Propiedad que diera publicidad a la hipoteca haciéndola directamente oponible a cualquier adquirente posterior. Para proteger al acreedor en los casos en que el deudor hubiera procedido a vender la cosa hipotecada como si se hallase libre, Hevia Bolaños le reconoce esta acción revocatoria, de carácter real, contra el adquirente del bien hipotecado, en los casos en que el acreedor no tuviese otro modo de cobrar su crédito. En el fondo es un modo de dar cauce a la eficacia real de la hipoteca. Una vez reunidos los requisitos⁹⁶ que

⁹³ HEVIA BOLAÑOS; *Curia Philipica, laberintho de comercio terrestre y naval*, Cap. XIII, 1790.

⁹⁴ HEVIA BOLAÑOS; *Curia Philipica, laberintho de comercio terrestre y naval*, Cap. XIII, 1790, pág. 426, § 1.

⁹⁵ Cap. XIII, § 2.

⁹⁶ Los requisitos para el ejercicio de la acción eran los siguientes: 1º Prueba de la existencia de hipoteca anterior a la enajenación (Cap. XIII, § 3 y § 8); 2º Excusión infructuosa de los bienes del deudor (Cap. XIII, § 3 y § 8), que puede resultar de la prueba de la insolvencia o bien del fracaso del embargo de bienes del deudor, y que puede hacerse en el mismo juicio en que se revoque la cosa (Cap. XIII, § 34); 3º Que sobre los bienes hipotecados recaiga la prohibición de enajenación, es decir, que sean revocables por la hipoteca (Cap. XIII, § 5).

Parece ser que podía recaer una prohibición de venta sobre los bienes, una vez hipotecados, con el fin de evitar el fraude. Sin embargo, las mercaderías estaban "sólo obligadas a la deuda mientras la(s) posee el deudor, y no después de poseerlas otro a quien

exigía el ejercicio de la acción, procede revocar la enajenación (salvo en dos excepciones⁹⁷). Veamos algunos casos concretos que se resuelven en la obra de Hevia Bolaños.

A. Pluralidad de acreedores y conflicto de créditos

¿Qué ocurre cuando se paga (o ejecuta sobre la cosa) el crédito vencido de un acreedor no privilegiado antes de pagar al acreedor hipotecario y de modo que éste no pueda cobrar de otro modo? ¿Y si se pagó antes al acreedor hipotecario posterior? En uno y otro caso, hay que distinguir en primer lugar si la cosa se ha consumido o no.

a) *cuando no se ha consumido*, el acreedor hipotecario *primero en tiempo, o mejor, y más privilegiado en Derecho, puede revocar la cosa, o pecunia pagada al acreedor posterior, precediendo la dicha "excursión", por durar la hipoteca de ella* (Cap. XIII, § 9).

b) *cuando se ha consumido la cosa*, se resolverá de modo distinto en atención a la buena o mala fe del acreedor satisfecho:

él las enagenó, (...) por no impedirse el ejercicio de su uso, y del comercio". Explica HEVIA BOLAÑOS que, en estos casos, lo adquirido a cambio de la mercadería se subroga en su lugar, y será el objeto de la reclamación hipotecaria, mientras no sea consumido y esté presente (Cap. XIII, § 5). Si sobre el bien enajenado recae la prohibición, entonces queda en suspenso la hipoteca hasta que regrese al patrimonio del deudor, y cabe la revocatoria por acción real.

⁹⁷ HEVIA BOLAÑOS detalla dos excepciones a la revocación de la enajenación:

1ª No procede la revocatoria cuando medió consentimiento expreso del acreedor hipotecario para la enajenación (Cap. XIII, § 3). Sin embargo, se refiere el autor a dos supuestos en que es suficiente el consentimiento tácito (Cap. XIII, § 4): a) cuando *"la enagenación sea de libertad, que se dá al esclavo"* si el acreedor, estando presente, no la contradice, y esto aunque sea menor; b) cuando la enajenación se haga *"en favor de la Iglesia, y causa pia, y del Fisco Real"*.

2ª *"Asímismo no procede, ni há lugar la dicha revocatoria hypotecaria de la enagenación de los bienes hypotecados, si el tercero poseedor de ellos los tiene prescritos por diez años entre presentes, y veinte entre ausentes, en que se prescriben, ora sean raíces, ó muebles"* (Cap. XIII, § 7)

"... entre presentes se dice, estando el acreedor en aquella Provincia; porque estando fuera de ella, se dice entre ausentes; y Provincia se dice, el distrito de una Audiencia, y Tribunal Supremo" (Cap. XIII, § 7).

b.1) si es de buena fe, *la acción personal no se dará contra él, ni la real, ó hipotecaria, por estar extinguida la hipoteca de lo pagado, con haberse consumido*⁹⁸ (Cap. XIII, § 9).

b.2) si es de mala fe, *sabiendo que había otro acreedor hipotecario y que el deudor no podía pagar, se le puede revocar, y sacar, no por la acción hipotecaria, que ninguna hay, sino por el fraude de la mala fé, que en esto hubo* (Cap. XIII, § 9).

2.2. Revocatoria por acción personal

En la obra de Hevia Bolaños se explica, junto a la anterior, la acción revocatoria personal. Las condiciones de ejercicio de la acción son las que se detallan a continuación:

A. *Requisitos.*- El ejercicio de la acción exige que queden probados los siguientes aspectos: 1º Que existe fraude de acreedores en virtud de deuda personal (Cap. XIII, § 11). Debe probarse tanto el fraude por parte del deudor enajenante, como la *ciencia de él en el recipiente* (Cap. XIII, § 16)⁹⁹. No será suficiente probar que el adquirente conocía la existencia de otros acreedores; deberá probarse además que sabía que los bienes del enajenante no eran suficientes para el pago de las deudas de aquéllos (Cap. XIII, § 17)¹⁰⁰; 2º Que de ningún otro modo se puede cobrar (Cap. XIII, § 11). Debe probarse el evento dañoso (Cap. XIII, § 16)¹⁰¹; 3º Que el crédito es anterior al acto. Si fuera posterior sólo prosperará la

⁹⁸ Señala una excepción: *"el Fisco Real, acreedor primero, puede revocar la paga de la cosa, o pecunia hecha al acreedor posterior, aunque no esté estante, sino consumida con buena fé"* (Cap. XIII, § 10).

⁹⁹ *"aunque en la enagenación hecha por el deudor de la Ciudad por título oneroso, no es necesaria ciencia del fraude en el comprador, por especialidad de ella"* (Cap. XIII, § 16, citando un texto de Bártolo; puede referirse al deudor del Fisco).

¹⁰⁰ Se entiende demostrada la mala fe del adquirente cuando el acreedor, *"o su Procurador; o Mayordomo"* indicó al adquirente que no recibiese la cosa y, pese a ello, la adquirió. Podrá entonces revocarse con tan sólo demostrar el embargo infructuoso (Cap. XIII, § 20).

¹⁰¹ El párrafo correspondiente al §.16 aparece en la obra como § 14, por un error de imprenta. La excursión en los bienes del deudor que debe intentarse para que tenga lugar la

acción cuando *al tiempo de la enagenación se pensase el tal fraude contra el futuro acreedor, y no de otra suerte* (Cap. XIII, § 12).

B. *Presunciones de fraude.*- El régimen previsto en las Partidas para la revocación por fraude exigía -como hemos visto- que se probase la existencia del ánimo de defraudar del deudor y el conocimiento o conciencia que de ello tuvo el tercero. Es tan difícil probar esto que necesariamente se establecieron presunciones de fraude que facilitasen a los acreedores el ejercicio de la acción en determinados casos. Se presumen realizados en fraude de acreedores los siguientes actos del deudor insolvente:

1º La enajenación, sea de los mejores bienes del deudor, sea de la totalidad o la mayor parte de sus bienes, cuando se hizo *por mucho menor precio de lo que valen, (...), ora se haga junta, o diminutamente en veces interpoladas, y aunque sea por título oneroso, como de venta* (Cap. XIII, § 13).

2º La enajenación de bienes, *quando despues de ésta se poseen por el deudor los bienes que enagenó, y coge los frutos de ellos, aunque por clausula de constituto, u otro acto ficto haya transferido en otro la posesión.* En el texto aparecen confundidos los supuestos de simulación y de revocación por fraude. Pero los distingue cuando añade que *donde es presunción de fraude, se requiere la tradición, y posesión verdadera, y corporal, sin ser suficiente la ficta* (Cap. XIII, § 14).

3º La enajenación de bienes *por título lucrativo de donación, legado, o manda de testamento* (ley 7, tit.15, P.5) (Cap. XIII, § 15)¹⁰².

C. *Alcance de la revocatoria.*- Hevia Bolaños distingue entre los supuestos en que existía mala fe en el adquirente y aquellos en que el tercero es de buena fe, a efectos de

revocatoria, puede hacerse probando la insolvencia del deudor o por el embargo infructuoso. *"Y se puede hacer la "excursión" en el mismo Juicio, y Causa de la revocatoria"* (Cap. XIII, § 34).

¹⁰² En el § 18 (hay error de imprenta y aparece como § 17), se explica lo que se entiende por título lucrativo y por título oneroso, que coincide con el concepto actual.

Se califica a la dote como onerosa, cuando es de parte del marido, o como lucrativa, si es de parte de la mujer (Gregorio López) y se promete por quien no está obligado a ello (Gutiérrez)(§ 19).

determinar el alcance de la acción. Si la cosa está en manos del primer adquirente, la acción produce los siguientes efectos:

a) Si la enajenación fue con mala fe en fraude de acreedores, se revocará la cosa con sus frutos pendientes, así como los frutos *"cogidos, y que se pudieron coger después de la contestación de la Causa de la revocatoria, hasta la restitución de la cosa, sacada la costa de ellos, y la de la mejora hecha en ella hasta entonces; (...)"* (Cap. XIII, § 22).

b) Si la enajenación fue a título gratuito y sin mala fe, *"no es obligado á volver el valor, sino en quanto por ello se hizo más rico"* (Cap. XIII, § 22).

También especifica cuáles son los efectos de la acción si la cosa no estuviere ya en manos del primer adquirente, porque la hubiere enajenado o porque la hubiere consumido. Si la cosa no estuviere ya en manos del primer adquirente, la acción producirá los siguientes efectos:

a) *"Si el recipiente de la cosa enagenada en fraude por título oneroso, la enagenare despues a otro, que la recibe con buena fe, no se le puede pedir a éste, sino a aquel el valor; y lo mismo si la consumió, o por otra razón o hecho suyo no la posee"* (Cap. XIII, § 22).

b) Puede deducirse que si el segundo adquirente tenía mala fe juega la misma regla que para el primer adquirente (revocación de la cosa con sus frutos o su valor).

El tercero puede optar por conservar la cosa en su patrimonio, librando la deuda (Cap. XIII, § 35). Sin embargo, si opta por devolver la cosa, parece que el tercero no tiene derecho a recibir a cambio de la cosa el precio que entregó por ella, salvo si era un menor, *"o en otro que no sea menor, si el precio, o lo que se dió por la cosa está permanente"* (Cap. XIII, § 23).

Cuando triunfa la revocación de un pago, recobra el tercero su acción inicial para reclamar del deudor el pago de la deuda: *"Por lo qual se limita la regla de que con la paga se quita toda la obligación, la qual procede quando irrevocablemente se hace, porque haciéndose revocablemente, se libra a tiempo, y no en todo"* (Cap. XIII, § 29). También conserva su primera acción el acreedor que recibió una cosa como dación en pago de deuda y luego le fue revocada; o aquél a quién se le revocó la cosa entregada en virtud de permuta (Cap. XIII, § 30). En cambio, si se tratase de la revocación de cosa entregada en virtud de compraventa, pierde el acreedor su primera acción frente al deudor cuando le es entregada la cosa y, después, al serle revocada, podrá reclamar al deudor por la acción de saneamiento (Cap. XIII, § 30).

D. *Plazo.*- El plazo que se concedía para la revocatoria por acción personal era de un año desde que tuvo conocimiento del acto el acreedor, cuando se trate de enajenación hecha a título oneroso. Llama la atención, sin embargo, el carácter imprescriptible de la acción cuando se trate de una enajenación a título lucrativo¹⁰³.

E. *Tratamiento de los pagos hechos por deudor insolvente y de determinados actos de renuncia.*- En la obra de Hevia Bolaños encontramos referencias relativas al tratamiento de singulares actos del deudor insolvente, que pasamos a ver.

E.1. Los pagos hechos por el deudor insolvente. Como en el Derecho romano, se distinguía entre el pago de deudas vencidas y el pago de deudas no vencidas.

a) Los pagos por cuenta de deudas vencidas reciben distinto trato según se hayan realizado antes o después de ser reclamado el pago, o solicitada la ejecución judicial o el concurso de acreedores.

Los pagos hechos *antes de toda reclamación judicial para el pago, o de embargo o del concurso de acreedores* no son revocables *aunque el acreedor que la pretende revocar sea privilegiado en la acción personal, y el que la recibió no lo sea, o sea menos privilegiado* (Cap. XIII, § 25 y 26). Esto siempre y cuando el acreedor que cobra sea de buena fe y a título oneroso. Si fuere de mala fe, es decir, cuando conociendo la existencia de otros acreedores de su deudor, *sabiendo tenerlos y no poder pagarles*, aceptó el pago, entonces podrá el acreedor privilegiado revocarlo por ser en fraude de su derecho. Y así mismo, cuando el pago fuere recibido por título lucrativo (Cap. XIII, § 26).

Los pagos hechos *después de ser reclamado el pago, o solicitada la ejecución judicial o el concurso de acreedores* son revocables a instancia de los restantes acreedores, tanto si fue voluntario como si fue obligado por declaración judicial, salvo si el acreedor a quien se hizo la paga es más privilegiado que ellos (Cap. XIII, § 25).

¹⁰³ Dice el texto: "*siendo hecha por título lucrativo, se puede intentar despues del año, y es perpetua*" (Cap. XIII, § 24).

b) Los pagos por cuenta de deudas no vencidas se presumen fraudulentos.

"Se presume fraude en la paga hecha por el deudor a uno de los acreedores personales, antes de ser cumplido el plazo de ella, y se dice defraudar en esto a los demás a quien debe las deudas personales de plazo cumplido, los cuales deben pedir la revocatoria de ella; porque aunque sea en el tiempo, se entiende hacer fraude y procede, aunque los demás acreedores no sean privilegiados en sus deudas" (Cap. XIII, § 27).

E.2. La quita de deuda. *"No vale la liberación, o quita de la deuda, que el acreedor en fraude de sus acreedores hace a su deudor"* (Cap. XIII, § 31). Pero el texto se refiere, además a la quita de deuda que lo fuere a título oneroso. En ese caso sólo es revocable -señala- cuando el deudor beneficiado conociera del fraude que así se hacía a los acreedores de su acreedor. El texto juega también con la quita (por título oneroso) de deuda con garantía personal. En tal caso hay que tener en cuenta el conocimiento o no que el deudor principal y/o el fiador tuvieron del fraude: queda liberado el que no tuviere conocimiento del fraude y sigue obligado el que era consciente del mismo (Cap. XIII, § 31).

E.3. La renuncia al legado. *"El deudor no puede repudiar el legado, o manda que le es dexado por otro, en perjuicio de sus acreedores"* (Cap. XIII, § 32). Si renuncia al legado y se produce así un daño a los acreedores, pueden éstos revocar¹⁰⁴. En este caso, el legatario adquiere el legado aún sin mediar aceptación¹⁰⁵ (Cap. XIII, § 32).

E.4. La renuncia a la herencia. El deudor, antes de aceptar la herencia, puede repudiarla aún en perjuicio de sus acreedores, *sin que ellos puedan revocar la repudiación, ni cobrarla, salvo si precede contrato, o materia*¹⁰⁶, *que obligue a adquirir, según buena fe* (Cap. XIII, § 33).

¹⁰⁴ HEVIA BOLAÑOS cita el texto de Partidas: Ley 7, tít. 15, P. 5.

¹⁰⁵ Según un texto de Partidas (Ley 12, tít. 9, P. 6) que cita el autor.

¹⁰⁶ Trae aquí un caso relatado por Gregorio López, *"el qual dice que así se determinó en el Real Consejo en una Causa, en que estando uno condenado en dos mil ducados aplicados a otro, por haberle cortado, o mancado una mano, siendo el condenado pobre, y estando huido, le supervino la herencia de su madre, y la repudió, sin embargo de lo qual se mandó, que por esta condenación se hiciese la execución en ella"* (Cap. XIII, § 33).

¿Por qué este distinto trato entre renuncia a legados y renuncia a la herencia?

Se explica en este segundo caso *porque el derecho, y dominio de la herencia no se transfiere en el deudor, hasta que la haya aceptado*, mientras que no ocurre así con los legados. Y esto, *porque el dolo, o fraude que se comete, es en lo que se ena(g)ena, que estaba ya adquirido, y no en lo que no se quiere adquirir* (Cap. XIII, § 33). Pero la regla general parece encontrar una excepción en favor del Fisco Real (Cap. XIII, § 33). En ese caso, deberá el deudor aceptar la herencia.

VI. LA REGULACION DEL FRAUDE DE ACREEDORES EN EL PERIODO DE LA CODIFICACION

En la Constitución de las Cortes de Cádiz de 1812 se dispuso la elaboración de un Código civil. Tan sólo recordar que debido a la inevitable lentitud del proceso codificador, de un lado, y a la imperiosa necesidad de una regulación del tratamiento de los actos jurídicos fraudulentos, de otro, será nuestra primera ley hipotecaria (1861) la que -a falta de un Código civil- se ocupe de regular la materia. A ella nos referimos detenidamente al iniciar el capítulo dedicado a la constitución de la hipoteca en fraude de acreedores, por lo que no lo haremos aquí. No obstante, seguiría vigente el Derecho de las Partidas recogido en la Novísima Recopilación (1805) hasta su derogación por la entrada en vigor de nuestro Código civil (1889). De otro lado, aunque la aparición del Código civil no supuso la derogación de la ley hipotecaria -al contrario, la mantuvo vigente (art. 1976 CC, en relación con el art. 1.880 CC)- sí trajo consigo de hecho la supresión de la regulación de la materia del fraude de acreedores en las posteriores leyes hipotecarias¹⁰⁷.

¹⁰⁷ A ello nos referimos también al inicio del capítulo dedicado a la constitución de hipoteca en fraude de acreedores (Capítulo noveno).

2ª EL REGIMEN JURIDICO VIGENTE DE LA ACCION PAULIANA, SU FORMACION Y CONSOLIDACION

I. Introducción

II. La acción revocatoria del Código civil

II.1. El Proyecto de Código civil de 1851

II.2. El Código civil (1888-1889)

2.1. Legitimación activa (el crédito) y legitimación pasiva

2.2. Validez del acto revocable y diferencia con el simulado

2.3. El concepto de fraude

2.4. Los efectos

2.5. El plazo

III. La acción revocatoria de la quiebra

III.1. Las Ordenanzas de Bilbao (1737)

III.2. Los mecanismos de reintegración de la masa en el vigente procedimiento de quiebra (arts. 878-882 CCo)

2.1. La retroacción de los efectos de la quiebra (art. 878-II CCo)

2.2. Las acciones revocatorias de la quiebra (arts. 879-882 CCo)

III.3. La propuesta de anteproyecto de ley concursal (1996)

I. INTRODUCCION

Convenía localizar la objetivación de los remedios contra el fraude en el contexto del régimen jurídico de la acción revocatoria. Esta acción se bifurca, como hemos señalado al estudiar su trayectoria histórica, en una acción revocatoria ordinaria (la acción pauliana procedente del Derecho romano) y una acción revocatoria de la quiebra o revocatorias especiales (que encuentra su origen más bien en el Derecho estatutario italiano). Nuestro estudio se entronca en la primera, por lo que nos detenemos a estudiarla, pero es también un punto de referencia ineludible el régimen de la revocatoria de la quiebra porque contiene supuestos específicos de actos objetivamente fraudulentos.

II. LA ACCION REVOCATORIA DEL CODIGO CIVIL

El régimen jurídico de la acción pauliana se recoge en nuestro ordenamiento en varios preceptos del Código civil, no del todo coordinados sino más bien dispersos. Para el estudio completo de ese régimen jurídico hemos querido también ver los preceptos del Proyecto de Código civil de 1851, por ser el precedente inmediato de nuestro Código civil, a fin de percibir si influyen -y en qué medida lo hacen- en la interpretación que se haga de las normas vigentes.

II.1. El Proyecto de Código civil de 1851

La actual regulación del fraude de acreedores difiere de la prevista en el Proyecto de 1851 no tanto en cuanto al contenido como en cuanto a la sistemática. De entre

los artículos más destacados a efectos de nuestro estudio sobre el fraude de acreedores, sólo algunos de ellos encuentran un precedente en el Proyecto¹.

La revocación por fraude de acreedores se regula en el Libro III, Título V, Capítulo IV, Párrafo III del Proyecto de 1851, *De la rescisión de las obligaciones a instancia de los acreedores* (arts. 1.176-1.182). El sistema de tratamiento del fraude se caracteriza por distinguir entre enajenaciones de bienes muebles o inmuebles; entre enajenaciones a título oneroso o gratuito; y entre enajenaciones a un adquirente de buena fe o de mala fe. Al margen de estas diferencias, toda revocación por fraude tiene en común que el acto se ha realizado por un deudor insolvente que tenía conocimiento de su insolvencia y que con él se ha causado un daño al derecho de crédito (art. 1.176)². En ese caso, el acreedor perjudicado podrá instar la revocación conforme a lo indicado atendiendo a la naturaleza y circunstancias del acto (arts. 1.177-1.180). Los efectos de la declaración de rescisión son restitutorios, pero -como hoy (art. 1.298 CC)- podían ser modulados conforme a las circunstancias según fuera el adquirente de buena o de mala fe (arts. 1.181-1.182). Si el adquirente de mala fe no pudiera devolver la cosa deberá indemnizar (art. 1.182). Y comenta García Goyena que si el adquirente por título lucrativo fuera de buena fe y no pudiera devolver la cosa tan sólo está obligado a restituir por el enriquecimiento³.

¹ En la tabla de las *Concordancias...* (publicada en la reimpresión hecha en Zaragoza en 1974) encontramos las siguientes: Los arts. 1.082-1.083 CC tienen su precedente en el 913 del Proyecto; el art. 1.001 CC, en el 831; el art. 1.937 CC en el 1.942. No aparece ninguna concordancia para los arts. 643 CC (tomado del Código civil portugués, como vemos al tratar de la donación); 403 CC (porque la regulación de la comunidad de bienes es novedad del Código civil); ni para los arts. 1.111 y 1.297 CC (aunque la misma materia sí estaba regulada por el Proyecto, como vamos a ver). El artículo 1.291 CC se concuerda con otros referidos a la restitución de menores e incapacitados (arts. 1.168-1.169 del Proyecto). De entre los preceptos que se refieren propiamente a la revocación por fraude, sólo el art. 1.292 CC tiene un precedente prácticamente igual en el Proyecto de 1.851, el art. 1.180.

² El acto fraudulento se compone de estos dos elementos, subjetivo y objetivo. *Es preciso, pues, que concurra de parte del deudor el ánimo o efecto de defraudar y que la defraudación haya sido efectiva (...). No basta lo uno sin lo otro: el propósito o ánimo de defraudar consiste en conocer el deudor su estado de insolvencia al tiempo de la enajenación* (GARCIA GOYENA; *Concordancias...*, pág. 626).

³ *"Los adquirentes con buena fe por título lucrativo sólo quedarán obligados a restituir in quantum locupletiores facti sunt, según la equitativa distinción de la ley Romana (...)"* (GARCIA GOYENA; *Concordancias...*, art. 1.182, reimpresión de la edición de Madrid, 1852, Zaragoza, 1974, pág. 628).

Lo que nos interesa destacar aquí es que la rescisión de los contratos por fraude de acreedores no prescinde en ningún caso del elemento subjetivo del fraude. El ánimo de defraudar, la intención de fraude, se exige siempre en el deudor, no así en el tercero. Cuando los actos gratuitos se presumen fraudulentos, sólo se está liberando al acreedor de probar la intención de fraude, pero no el conocimiento que el deudor tuvo de su estado de insolvencia, según se deduce del comentario de García Goyena⁴.

También llama la atención que en ocasiones un tercero de buena fe y a título oneroso pueda quedar afectado por efecto de la revocación. Así lo disponía el Proyecto en relación con aquellos adquirentes de bienes inmuebles que no hubieran inscrito su adquisición en el Registro antes de la anotación de la demanda de rescisión⁵. Puede decirse, en efecto, que la impugnación pauliana de los contratos no prescinde nunca en el Proyecto de 1851 del elemento subjetivo del fraude, pero que éste tiene que ver -en general- con el deudor (ánimo de defraudar, conocimiento de su insolvencia) y sólo en ocasiones se exige también que concorra en el tercero para la revocación del acto. Por ejemplo, si se trata de enajenaciones

⁴ El artículo 1.179 del Proyecto se refiere a las enajenaciones gratuitas: *"Las enajenaciones a título gratuito hechas por el deudor en estado de insolvencia, serán rescindibles como fraudulentas a instancia de los acreedores"*.

Cuando comenta este precepto, GARCIA GOYENA (*Concordancias...*, pág. 627) indica lo siguiente: *"En estado de insolvencia: es decir, sabiendo que se hallaba insolvente, porque solo en este caso puede haber, y se presume que ha habido en el deudor intención de defraudar a sus acreedores; y esto es lo único a que se atiende para la rescisión en las adquisiciones por título lucrativo, aunque no haya habido mala fe en el adquirente."*

⁵ En el artículo 1.177 del Proyecto de 1851 se disponía lo siguiente: *"Las enajenaciones de bienes inmuebles a título oneroso pueden ser rescindidas, siempre que la demanda de rescisión se haya anotado en el registro público según lo dispuesto en el artículo 1867, antes de haberse inscrito el contrato de enajenación. / También se rescindirán aunque hayan sido inscritas antes que la demanda en el registro público, si el adquirente obró de mala fe; salvo en este caso el derecho que un tercero hubiere adquirido en el entretanto de buena fe"*. Y comenta GARCIA GOYENA (*Concordancias...*, pág. 626): *"El primer párrafo habla del adquirente de bienes inmuebles por título oneroso y de buena fe; en el segundo del adquirente que obró de mala fe; (...). Se favorece al de buena fe cuando anduvo diligente en inscribir en el registro el contrato de enajenación: el de mala fe será por esto mismo más diligente, y no merece favor en ningún caso. / Pero la mala fe no se constituye por el solo hecho de saber el adquirente que el que enajena tiene acreedores: se necesita que el adquirente sepa el fraude y participe de él"*.

de bienes muebles se exige la mala fe de ambos contratantes⁶ (a diferencia de lo que hemos visto para algún caso de enajenación de inmuebles).

A diferencia del régimen de la impugnación de los contratos, la revocación de determinados pagos sí prescinde del elemento subjetivo del fraude. Son rescindibles los pagos hechos por cuenta de deudas a cuyo cumplimiento no pudo ser compelido el deudor al tiempo de hacerse. Los conflictos entre los propios acreedores que pudieran surgir con motivo de los pagos efectuados por el deudor insolvente se tratan hoy del mismo modo que se habrían tratado conforme al Proyecto pues, como hemos indicado, el art. 1.292 CC es una réplica en cuanto al contenido de lo previsto en el art. 1.180 del Proyecto⁷.

II.2. El Código civil (1888-1889)

La protección del derecho de crédito ante la insolvencia del deudor encuentra diversos cauces en el Código civil. Entre las medidas de tutela del derecho de crédito, nuestro Código civil ha recogido la clásica acción pauliana o acción revocatoria por fraude de acreedores. A la vez, el Código civil toma otra serie de medidas tendentes a evitar el fraude que sirven de complemento a la revocatoria e incluso en ocasiones se confunden con ella (por ejemplo, en los arts. 403, 643, 1.083, 1.001, 1.317 y 1.937 CC). El enunciado general de la acción aparece recogido en el artículo 1.111 CC, junto a la acción subrogatoria:

Art. 1.111 CC.- *"Los acreedores, después de haber perseguido los bienes de que esté en posesión el deudor para realizar cuanto se les debe, pueden ejercitar todos los derechos y acciones de éste con el mismo fin, exceptuando los que sean inherentes a su persona; pueden también impugnar los actos que el deudor haya realizado en fraude de su derecho".*

⁶ Se establecía en el artículo 1.178 del Proyecto lo siguiente: *"Las enajenaciones de bienes muebles serán rescindidas a instancia de los acreedores, siempre que se pruebe que hubo mala fe de parte de los contratantes./ Esta disposición no es aplicable a las enajenaciones ulteriores, sino cuando hubiere intervenido mala fe de parte de los adquirentes".*

⁷ Es el único punto en relación con el fraude de acreedores en el que señala GARCIA GOYENA (*Concordancias...*, pág. 627) que el Proyecto se separa de los criterios del Derecho romano. No obstante, en el texto del D. 42, 8, 10, 12 parece que se contempla la posibilidad de una acción útil frente a los pagos anticipados, como señalamos al estudiar el Derecho romano.

La acción revocatoria o pauliana se ha definido como *el poder jurídico concedido al acreedor para impugnar los actos que el deudor haya realizado en fraude de su derecho, cuando el patrimonio del deudor sea insuficiente para la satisfacción del crédito* (Sancho Rebullida⁸; En el mismo sentido, siguiendo a Díez-Picazo, la define Puig Brutau⁹). La doctrina señala como fundamento de la acción el de lograr *la recomposición del patrimonio del deudor, afecto a la satisfacción del crédito conforme al art. 1.911 Cc*¹⁰. Se trata de una acción subsidiaria¹¹, de naturaleza personal¹², pero con una relativa eficacia

⁸ LACRUZ (y otros, § 31, redactado por SANCHO REBULLIDA); *Elementos de Derecho civil*, II-1º, 3ª ed., 1994, JB, pág. 245.

⁹ PUIG BRUTAU; *Fundamentos de Derecho civil*, II-I, 3ª ed., 1988, pág. 331.

¹⁰ LACRUZ (y otros); *Elementos de Derecho civil*, II-I, 3ª ed., JB, 1994, pág. 246. En esta obra, SANCHO REBULLIDA explica que con la revocatoria se trata de evitar -deshacer o compensar- salidas que lo hacen insuficiente para satisfacer el crédito: *salidas que el legislador las considera menos dignas de protección que el crédito insatisfecho*. El autor habla de un derecho del acreedor al mantenimiento de la integridad del patrimonio del deudor: *la disminución intencionada de la garantía -señala- es un acto antijurídico, cuyas consecuencias alcanzan a cuantos cooperen a él* (pág. 246).

CASTAN (*Derecho civil español, común y foral*, III, 16ª ed., Reus S.A., Madrid, 1992, pág. 324) señala como fundamento de la acción *el derecho que tiene todo acreedor a que no sea disminuida la garantía que la ley (art. 1.911 del Código civil) le concede sobre todos los bienes del deudor*.

¹¹ Artículos 1.111 y 1.294 CC. Así lo ha interpretado la mayoría de la doctrina. Por ejemplo, DIEZ-PICAZO y GULLON (*Instituciones de Derecho civil*, I, Tecnos, 1995, pág. 561); ALBALADEJO (*Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, XV-1º, Edersa, 1989, art. 1.111, pág. 954); SANCHO REBULLIDA (en los *Elementos de Derecho civil*, por Lacruz y otros, II-I, 3ª ed., JB, 1994, págs. 246-247); CRISTOBAL MONTES (*La vía pauliana*, Tecnos, 1997, pág. 72); o PUIG BRUTAU (*Fundamentos de Derecho civil*, II-I, Bosch, 1988, pág. 332). En la sentencia de 5 de diciembre de 1994, el Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso de casación interpuesto por infracción de los artículos 1.294 y 1.111 CC, y declara que el carácter subsidiario de la acción hace que ésta no pueda estimarse cuando faltó la diligencia debida en la parte demandante al no haber agotado la vía de apremio de un procedimiento ejecutivo previamente iniciado. En la sentencia de 27 de mayo de 1992, el Alto Tribunal declara no haber lugar al recurso y confirma la anterior en que se desestima el ejercicio de la acción revocatoria porque se descuidó la previa persecución de los bienes del deudor, al no constar que se prosiguiese el procedimiento de apremio en un ejecutivo iniciado con anterioridad por la recurrente frente a los demandados.

También la jurisprudencia es constante (por ejemplo, las sentencias del Tribunal Supremo de 11 de noviembre de 1993, 28 de noviembre de 1994, 28 de junio de 1994, 31 de octubre de 1994, 5 de diciembre de 1994, 4 de septiembre de 1995, 14 de noviembre de 1995, o la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra de 11 de diciembre de

al. como se verá.

1. Legitimación activa (el crédito) y legitimación pasiva

Está legitimado para el ejercicio de la acción el titular de un derecho de crédito que se haya visto afectado por un acto jurídico realizado por su deudor insolvente de tal modo que no pueda cobrar su crédito. El derecho de crédito debe ser anterior al acto jurídico impugnado, normalmente, aunque se admite la impugnación por fraude de actos jurídicos realizados con vistas a la lesión de un derecho de crédito posterior (aunque nada dice la ley, sí lo declara la jurisprudencia¹³ y la doctrina¹⁴). No es relevante si el crédito está o no

995).

No obstante, nos ha parecido muy acertada la interpretación que hace FERNANDEZ CAMPOS (*Subsidiariedad de la acción pauliana en las obligaciones solidarias*, La Ley, 1996-3, pág. 1451) en relación con los artículos 1.294 y 1.291-3º CC. Explica con fundamento que el primero de ellos está pensado para los restantes supuestos de rescisión, mientras que la subsidiariedad de la revocatoria quedaría definida por el propio art. 1.291-3º CC, es decir, por la imposibilidad del acreedor de cobrar de ningún otro modo lo que se le debe.

¹² Este punto ha sido discutido tradicionalmente debido a antinomias que presentaban los textos romanos (así lo explica, entre otros, CASTAN, *Derecho civil...*, III, 16ª ed., 1992, págs. 326-327), pero hoy la doctrina es prácticamente unánime en afirmar el carácter personal de la acción. Junto al anterior, SANCHO REBULLIDA (en los *Elementos de Derecho civil*, por Lacruz y otros, II-I, 3ª ed., JB, 1994, pág. 247); ALBALADEJO (*Derecho civil*, II-1º, 9ª ed., J.Mª. Bosch, 1994, pág. 214); PUIG BRUTAU (*Fundamentos de Derecho civil*, II-I, Bosch, 1988, pág. 332); DIEZ-PICAZO y GULLON (*Instituciones de Derecho civil*, I, Tecnos, 1995, pág. 563).

¹³ La sentencia del Tribunal Supremo de 28 de junio de 1994 (Aranzadi nº 5990), entre otras, declara que la exigencia de que el crédito en que se funda el ejercicio de la acción sea anterior al acto impugnado *ha de entenderse en términos generales, siendo preciso que cada caso se estudie en concreto y con arreglo a las peculiaridades que presente*. También la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de junio de 1958 declaraba que la regla general del que el crédito debe ser anterior al acto impugnado quiebra *cuando éste había de tener próxima y segura existencia posterior* (se trataba de relaciones contractuales de suministro de maderas que venían manteniéndose con anterioridad, y el Tribunal estimó *que el encargo o pedido de la mercancía requiere cierta gestación y consiguiente antelación, que pudieron determinar la intención defraudatoria aun antes del nacimiento del crédito*).

¹⁴ Se han pronunciado en este sentido, entre otros, DIEZ-PICAZO y GULLON (*Instituciones de Derecho civil*, I, Tecnos, 1995, pág. 563); SANCHO REBULLIDA (*Elementos...*, por Lacruz y otros, II-1º, 3ª ed., JB, 1994, pág. 249); CASTAN (*Derecho*

vencido¹⁵. Esto es más claro en el supuesto de créditos a plazo (art. 1.129 CC)¹⁶, pero es más discutible si los acreedores por cuenta de créditos sometidos a condición están legitimados para el ejercicio de la acción (a favor se pronuncian, por ejemplo, Sancho Rebullida¹⁷, Cristóbal Montes¹⁸; o, siguiendo a Díez-Picazo, Puig Brutau¹⁹). A diferencia de nuestro Código civil, el Código italiano sí ha previsto expresamente que está legitimado para el ejercicio de la acción el titular de un crédito sometido a condición o a término (art. 2.901 *Codice civile*). En la sentencia de 15 de noviembre de 1995²⁰, el Tribunal Supremo desestima el recurso y por tanto la revocación de una compraventa, entre otras razones porque *el primer requisito para considerar un contrato como fraudulento es la existencia de un crédito a favor de quien promueve la rescisión, sin que aparezca acreditado cuando pende de previa declaración judicial en otro procedimiento*, como es el caso.

El acreedor deberá demandar a su deudor y a todos aquellos a quienes deba alcanzar el ejercicio de la acción (tercero adquirente o beneficiado por el acto; y, en su caso, subadquirente que lo sea a título gratuito o de mala fe)²¹. En 1950 resolvió el Tribunal Supremo un caso en que era el mandante quien demandaba a su mandatario insolvente alegando "fraude por infidelidad" pues éste había comprado en nombre propio pero con dinero y por encargo de aquél una finca que después vendió por su propia cuenta y riesgo. Ninguna incidencia tuvo la relación interna entre mandante y mandatario a la hora de desestimar la acción revocatoria, como es lógico, pues se atiende exclusivamente a si

civil..., III, 16ª ed., Reus S.A., 1992, pág. 331); y CRISTOBAL MONTES (*La vía pauliana*, Tecnos, 1997, págs. 91-92).

¹⁵ En este sentido, SANCHO REBULLIDA; *Elementos...*, por Lacruz y otros, II-1º, 3ª ed., JB, 1994, pág. 249.

¹⁶ En este sentido, CRISTOBAL MONTES; *La vía pauliana*, Tecnos, 1997, pág. 96.

¹⁷ SANCHO REBULLIDA, en *Elementos...*, por Lacruz y otros, II-1º, 3ª ed., JB, 1994, pág. 250.

¹⁸ CRISTOBAL MONTES; *La vía pauliana*, Tecnos, 1997, págs. 98-100.

¹⁹ PUIG BRUTAU; *Fundamentos...*, II-I, Bosch, 1988, pág. 333.

²⁰ Aranzadi nº 9203.

²¹ Entre otros, DIEZ-PICAZO y GULLON (*Instituciones de Derecho civil*, I, Tecnos, 1995, pág. 563).

concurrer en la compraventa entre mandatario y tercero los requisitos para apreciar el fraude²². La sentencia del Tribunal Supremo de 10 de abril de 1995 ha resuelto un caso de fianza solidaria en que señala que *cuando el fiador lo es con carácter solidario, (...), el acreedor puede dirigirse directamente contra éste, sin tener que hacer reclamación previa o simultánea alguna al deudor principal*, y estima revocable la venta que hizo de todos sus bienes inmuebles con el fin de *eludir la obligación directa y personal de pago del préstamo, que le incumbía en su calidad de avalista solidario de la entidad prestataria*. También la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de octubre de 1995 ha resuelto un caso de ejercicio de la acción frente a un deudor o cofiador solidario en sentido de señalar que la subsidiariedad de la acción *quiebra en los supuestos de concurrencia de solidaridad*²³. Esta última sentencia ha suscitado una polémica interesante entre nuestros autores (conforme con la sentencia, en este punto, Martín Pérez²⁴; En contra, Fernández Campos²⁵).

²² Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de mayo de 1950. Pese al bajo precio de la compraventa, el Tribunal Supremo no apreció el fraude por no haberse probado la mala fe del adquirente, protegido en este caso por los arts. 34 y 37 L.H.

²³ Explica el Tribunal Supremo que *en tales casos, el acreedor puede dirigir su acción contra el deudor que estime más conveniente, (...). En estos supuestos de solidaridad - continúa el Tribunal- es la solvencia o insolvencia del deudor o fiador contra quien acciona el acreedor, la que debe ser tenida en cuenta, con independencia del derecho que tiene ese concreto fiador solidario para accionar, a su vez, contra el deudor principal y los demás cofiadores*.

²⁴ MARTIN PEREZ (C.C.J.C., nº 40, 1077, pág. 173) señala que *el acreedor actuó correctamente al instar la ejecución de los bienes tanto del deudor principal como de los cofiadores solidarios, para luego centrar el embargo sobre varios inmuebles de uno de los cofiadores, que resultó infructuoso por haber sido enajenados de forma fraudulenta*. Aunque opina que *la insolvencia de uno de los coobligados no es suficiente para dejar expedita la vía rescisoria* (pág. 174), explica que existen razones para defender el ejercicio de la rescisión contra un codeudor solidario con independencia de la solvencia del resto. De lo contrario, dice, *se beneficiaría así al deudor defraudante, castigando al más honesto y diligente en mantener su patrimonio* (pág. 176).

²⁵ FERNANDEZ CAMPOS; *Subsidiariedad de la acción pauliana en las obligaciones solidarias* (Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de octubre de 1995), La Ley, 1996-3, págs. 1451-1452. Resulta interesante seguir el hilo de los argumentos del autor. Explica que la subsidiariedad de la pauliana viene definida más por el art. 1.291-3º CC que por el art. 1.294 CC, como demuestra, y que el requisito de no poder *de otro modo cobrar lo que se le debe* no concurre mientras sea solvente el deudor o alguno de los fiadores solidarios.

2.2. Validez del acto revocable y diferencia con el simulado

A diferencia del Código civil francés, que se limita a recoger el enunciado de la acción pauliana (han sido la doctrina y la jurisprudencia francesas quienes se han ocupado de su desarrollo), nuestro Código civil tiene previsto en los artículos 1.290, 1.291-3º y siguientes el régimen propio del ejercicio de la acción, régimen jurídico que comparte en general con las restantes acciones rescisorias. En el artículo 1.290 CC se dispone que *los contratos válidamente celebrados pueden rescindirse en los casos establecidos por la ley*. El acto jurídico rescindible por fraude de acreedores (art. 1.291-3º CC) es un acto jurídico válidamente celebrado pero lesivo del derecho de crédito²⁶. Para sanar esta lesión se permite la revocación del acto, de manera que se declara ineficaz en la medida necesaria para evitar el daño, pero el acto sigue siendo válido entre las partes²⁷. Se distingue en esto el acto revocable por fraude de acreedores del negocio simulado, que es radicalmente nulo por falta de causa verdadera (art. 1.276 CC). En ocasiones es difícil deducir de los hechos si estamos ante un caso de simulación o de revocación por fraude de acreedores. Por ejemplo, cuando se celebró una compraventa y se dió el precio por recibido pero no hubo traspaso de la posesión. En tales casos convendrá ejercitar ambas acciones alternativamente²⁸, teniendo en

²⁶ Por poner un ejemplo, la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de junio de 1958 señalaba: *"(...) pues si se atiende a la validez del contrato rescindible y al carácter subsidiario y limitado de la rescisión (...), ésta ha de detenerse cuando se ha logrado la reparación de los efectos del fraude y quedan satisfechos los derechos del acreedor perjudicado"*.

²⁷ Como señala CRISTOBAL MONTES en *La vía pauliana* (Tecnos, 1997, págs. 68-69 y 184-185), se trata de actos válidamente celebrados que pueden devenir ineficaces por la impugnación de los acreedores. La ineficacia es relativa, por cuanto está referida tan sólo al acreedor o acreedores que ejerciten la acción y en la medida necesaria para evitar la lesión del crédito quedando el acto válido por lo demás entre las partes.

²⁸ En la sentencia de 14 de diciembre de 1993, el Tribunal Supremo declaraba que se excluye el ejercicio simultáneo de las acciones de simulación y rescisión por fraude. Al comentar la sentencia, A. MONTSERRAT VALERO (en C.C.J.C., nº 34, 912, págs. 233-242, pág. 239-240) matiza esta expresión en sentido de indicar que sí se admite el ejercicio conjunto de las acciones si una se pretende con carácter subsidiario respecto de la otra. Señala que *es comprensible y prudente que el demandado ejercite conjuntamente las dos acciones y que sea el Juez quien decida si estamos ante un supuesto u otro*. Lo que no se admite es la acumulación de acciones: *"A esta afirmación del Tribunal Supremo -explica- no se le puede dar el alcance de que haya querido negar la acumulación eventual o subsidiaria"*.

cuenta que la acción rescisoria es subsidiaria (en este sentido, la S.T.S. de 7 de julio de 1995²⁹).

2.3. El concepto de fraude

Puede decirse que el Código civil distingue entre actos onerosos y gratuitos a efectos de la impugnación por fraude, estableciendo una presunción de fraude para estos últimos cuando se realizan por el deudor en estado de insolvencia (arts. 1.297-I y 643 CC). La presunción de fraude es, en este caso *iuris et de iure*³⁰. El distinto trato se manifiesta, por tanto, en que el ejercicio de la acción requiere la prueba del elemento subjetivo cuando se trata de contratos onerosos (ánimo de defraudar o, al menos, conocimiento del fraude en ambos contratantes); mientras que la impugnación de los actos gratuitos requiere tan sólo la prueba del daño derivado del acto y prescinde de cual fuera la intención o conciencia de los contratantes. En cuanto al pago de las obligaciones del deudor insolvente, también distingue nuestro Código civil entre si se trata de obligaciones vencidas y exigibles al tiempo del pago o si no lo eran, y declara rescindibles los pagos realizados en este último caso (art. 1.292 CC).

Del lenguaje empleado por el Código civil se deduce que está manejando un concepto subjetivo del fraude. El concepto de fraude empleado por el legislador del código comprende dos elementos: un elemento subjetivo (*consilium fraudis, scientia fraudis*) y un elemento objetivo (lesión efectiva del derecho de crédito derivada del acto impugnado, *eventus damni*). El elemento objetivo o lesión se refiere a la insolvencia del deudor

de las acciones de rescisión por fraude y de nulidad por simulación, sino sólo la acumulación simple o principal".

²⁹ Se estima probada la simulación absoluta (ausencia de precio y de voluntad de transmitir las fincas objeto del contrato). En la sentencia, el Tribunal Supremo declara que apreciada la nulidad del contrato por faltar uno de los requisitos esenciales, *huelga hablar de la rescisión del artículo 1291; de la caducidad de la acción rescisoria por el transcurso de cuatro años del artículo 1299; (...); o de las acciones subrogatoria, pauliana y rescisoria por fraude, de los artículos 1111 y 1294 CC.*

³⁰ Como explica, por ejemplo, MARTIN PEREZ (*Comentario a la sentencia de 3 de octubre de 1995*, en C.C.J.C., nº 40, enero-marzo/96, 1007, págs. 163-180, pág. 177). Esta cuestión admite matices, sobre ello nos remitimos a lo dicho al tratar de la donación (Capítulo primero).

provocada o incrementada por la realización del acto jurídico³¹, de manera que no hay posibilidad de satisfacer íntegramente el crédito más que impugnando el acto (art. 1.111 CC; art. 1.291-3º CC; art. 1.294 CC). La situación de insolvencia podría definirse como la imposibilidad de cobrar su crédito el acreedor, no tiene que ser total, y es el primer requisito para el ejercicio de la acción (por ejemplo, la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de octubre de 1993³², también -citando el art. 1.291-3º CC- la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de noviembre de 1995³³ y -con cita además del art. 1.294 CC- la de 4 de septiembre de 1995³⁴, la de 10 de abril de 1995³⁵ o la de 24 de diciembre de 1996³⁶). Se trata de una cuestión de hecho apreciable por el juzgador de instancia, *de cuyo criterio no se puede desviar el Tribunal de casación* (sentencia del Tribunal Supremo de 24 de diciembre de 1996³⁷, entre muchísimas otras³⁸)³⁹. La jurisprudencia es constante en señalar que la prueba de la insolvencia no requiere que la acredite la previa persecución de los bienes del

³¹ Así ha sido declarado por el Tribunal Supremo, por ejemplo, en la sentencia de 28 de octubre de 1993 (en ella se cita en el mismo sentido la de 29 de febrero de 1927).

A juicio de CRISTOBAL MONTES (*La vía pauliana*, Tecnos, 1997, pág. 132) puede aceptarse que *para el ejercicio de la acción revocatoria es suficiente que el daño sea meramente virtual, siempre que sea tal que permita prever que (...) el acreedor, en el momento del vencimiento de la obligación, no encontrará en los bienes que restan materia suficiente para satisfacer los propios derechos*, siguiendo a Messineo.

³² Aranzadi nº 7666.

³³ Aranzadi nº 8602.

³⁴ Aranzadi nº 6490.

³⁵ Aranzadi nº 3254.

³⁶ Aranzadi nº 9375. En esta sentencia, el Tribunal Supremo ha declarado que *es suficiente que concurra minoración económica provocada para cubrir la integridad de la deuda, causándose de esta manera un real y persistente daño al acreedor por la actuación fraudulenta del obligado, siendo determinativo y esencial que del conjunto de las pruebas se llegue a la conclusión de que no pudiendo aquél cobrar lo que se le debe, carece de otro recurso legal para obtener la reparación de los perjuicios económicos que le afectan*.

³⁷ Aranzadi nº 9375.

³⁸ Por ejemplo, la S.T.S. de 28 de junio de 1994 (Aranzadi nº 5990).

³⁹ En este sentido, CRISTOBAL MONTES (*La vía pauliana*, Tecnos, 1997, pág. 135) cita las sentencias del Supremo de 28 de junio de 1912 y 9 de noviembre de 1966.

deudor⁴⁰ (por ejemplo, las sentencias del Tribunal Supremo de 2 de junio de 1994⁴¹ y de 24 de diciembre de 1996⁴², o la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra de 11 de diciembre de 1995⁴³, entre otras), si bien exige que -una vez iniciada- se agote la vía de apremio (por ejemplo, entre otras, la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de diciembre de 1994⁴⁴).

En cuanto al elemento subjetivo del fraude, actualmente no se exige que se pruebe que lo que movió al deudor a actuar fue el ánimo de perjudicar a sus acreedores sino

⁴⁰ Como explica FERNANDEZ CAMPOS (*Subsidiariedad de la acción pauliana en las obligaciones solidarias*, La Ley, 1996-3, págs. 1452-1453), en un principio la jurisprudencia venía exigiendo del acreedor la prueba de la insolvencia del deudor, esto es, de la carencia de bienes en su patrimonio con los que hacer efectivo el cobro, pero esta exigencia ha sido corregida por el propio Tribunal Supremo. Coincidimos con el autor cuando señala que *es precisamente el deudor quien está en mejor condición para conocer la consistencia de su patrimonio. Es él quien puede saber si dispone de otros bienes que el acreedor pueda ejecutar. Por eso -dice- el Código Civil portugués hace un reparto "salomónico" de la carga de la prueba, más ajustada a las posibilidades reales del acreedor de conocer la consistencia efectiva del patrimonio del deudor y facilitando así el ejercicio de la pauliana: él debe probar la cuantía del crédito, correspondiendo al deudor (o al tercero demandado) probar que el obligado tiene bienes bastantes susceptibles de ejecución de igual o mayor valor que el importe del crédito. (...). No está en condiciones el acreedor de poder demostrar la no existencia de bienes en el patrimonio deudor. Y seguimos transcribiendo porque nos parece interesante. Continúa el autor: "Con lo que la acción pauliana se muestra como un medio o instrumento oportuno para la localización y puesta a disposición del acreedor de otros bienes del deudor que poder ejecutar. Para evitar un abuso de la pauliana, para impedir que el acreedor pueda sin más acudir a la impugnación para localizar bienes del deudor, debe previamente haber perseguido los bienes de que esté en posesión el deudor, u otros sujetos igualmente responsables, pues sobre los patrimonios de estos sujetos también puede cobrarse el acreedor". A nuestro juicio, estamos ante una descripción muy certera de lo que es o debe ser la prueba de la insolvencia como elemento configurador del *eventus damni* en la revocatoria.*

⁴¹ Aranzadi nº 4575.

⁴² Aranzadi nº 9375.

⁴³ Aranzadi nº 9668. En la sentencia se dice: *"Sobre el carácter subsidiario de la acción y la justificación de la insolvencia del deudor ha declarado reiteradamente la jurisprudencia, que no cabe imponer en el acreedor una carga extraordinaria de investigación y persecución de los bienes de su deudor, justificándose la insolvencia por el propio impago ordinario de sus obligaciones, si no existen bienes notoriamente conocidos en el patrimonio del deudor bastantes para atender a la deuda impagada".*

⁴⁴ Aranzadi nº 9408.

que será suficiente la prueba de que era consciente del perjuicio que causaba (Martín Pérez⁴⁵) o bien que debiera haberlo sido (Cristóbal Montes⁴⁶). En cuanto al adquirente, se exige la prueba de su participación en el fraude, por su complicidad (*consilium fraudis*) o al menos por el conocimiento que tuvo de la lesión que su adquisición producía en los derechos de los acreedores del transmitente⁴⁷ (*scientia fraudis*)⁴⁸. El Código civil facilita la carga de la prueba con una presunción *iuris tantum* de fraude cuando se trate de *enajenaciones a título oneroso hechas por aquellas personas contra las cuales se hubiese pronunciado antes sentencia condenatoria en cualquier instancia o expedido mandamiento de embargo de bienes* (art. 1.297-II CC)⁴⁹. Pero veamos un supuesto de compraventa que

⁴⁵ MARTIN PEREZ (Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de octubre de 1995, C.C.J.C., n° 40, enero-marzo/96, 1077, pág. 177) señala en este sentido lo siguiente: "Según la communis opinio actual, para que concurra fraude en el deudor basta que se percate de que con la enajenación no le quedarán bienes bastantes para el pago de sus deudas, lo que implica conciencia del perjuicio que ocasiona (SSTS de 23 de julio de 1990 y 23 de octubre de 1990), siendo equiparable a la conciencia la mera cognoscibilidad si hubiera actuado con una diligencia media".

⁴⁶ A juicio de CRISTOBAL MONTES (*La vía pauliana*, Tecnos, 1997, pág. 151), no se exige necesariamente el conocimiento o conciencia del daño por parte del deudor, sino que es suficiente con que dicho deudor debiera haber tenido semejante representación anímica de haber actuado con la diligencia debida.

⁴⁷ Así lo declara, por ejemplo, la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de diciembre de 1993. Es suficiente la prueba de que el vendedor y comprador tenían conciencia del perjuicio, no es necesario probar el ánimo de perjudicar al acreedor para que se aprecie el fraude.

⁴⁸ A juicio de MARTIN PEREZ (Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de octubre de 1995, C.C.J.C., 1996, n° 40, 1077, págs. 176-177), se entiende generalmente que hay *consilium fraudis* cuando el deudor celebra un negocio dispositivo en fraude de sus acreedores con la complicidad o, al menos, el conocimiento del adquirente -reverso de la buena fe- (...). Cuando se trata de contratos onerosos, se requiere que el adquirente de los bienes -(...)- actúe de mala fe, que sea "cómplice en el fraude" (...), para lo cual es suficiente su *scientia fraudis*: el conocimiento de que existen acreedores que con su adquisición van a ser perjudicados, valorando también la diligencia media y el alcance de la ignorancia excusable.

⁴⁹ La presunción tiene un precedente en nuestro Derecho de Partidas (Ley VII, título XV, Partida V), como vimos. La sentencia del Tribunal Supremo de 30 de abril de 1985 declaró no haber lugar a la casación de la sentencia que declaraba la rescisión por fraude de una compraventa que se inscribe en el Registro con posterioridad a la anotación del embargo. Se aplica la presunción de fraude del art. 1.297-II CC porque la anotación de embargo fue

ha dado lugar a una controvertida sentencia del Tribunal Supremo.

Tratándose de un adquirente a título oneroso, el Tribunal Supremo ha estimado en la sentencia de 3 de octubre de 1995 que el *consilium fraudis* o complicidad en el fraude del adquirente es un requisito *para el eficaz ejercicio del remedio procesal de la rescisión que contempla el artículo 1.291.3º del Código Civil*. Sorprende comprobar que ni en Primera Instancia, ni la Audiencia, ni el propio Tribunal Supremo apreciaran ese elemento subjetivo del fraude en el caso que dio lugar a la sentencia citada, a pesar de que los indicios apuntaban claramente hacia la existencia de esa complicidad. Estos hechos fueron los siguientes: dos días después de recibir la notificación del embargo, la deudora vende por la séptima parte de su valor real el bien objeto del embargo; se confiesa recibido el precio; la compradora es una tía jubilada de la deudora, que inscribe a los cinco días de la compraventa, en la misma fecha en que se decreta por providencia que se proceda a la anotación preventiva de embargo, que se deniega por estar el bien a nombre de la compradora; la compradora no llegó a tomar posesión material del inmueble sino que éste fue inmediatamente arrendado. El Tribunal Supremo estima que no se ha probado el fraude. Pero es que además el supuesto entraba de lleno bajo la presunción de fraude del art. 1.297-II CC. El Tribunal Supremo se niega a extender el ámbito de la presunción a la persona del comprador e interpreta que se presume tan sólo el fraude del vendedor. Esto ha sido criticado enseguida por quienes se han encargado de comentar la sentencia (Martín Pérez⁵⁰, Fernández Campos⁵¹, Heras Hernández⁵²). En la sentencia se declara que la compraventa

previa a la escritura de venta.

⁵⁰ MARTÍN PEREZ (*Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de octubre de 1995*, C.C.J.C., 1996, nº 40, 1077, pág. 178) explica que la presunción del art. 1.297-II CC es *iuris tantum* y añade que *no limita sus efectos al deudor, sino que afecta al negocio y, por tanto, alcanza al adquirente inmediato que es parte del mismo*. El Tribunal Supremo - dice el autor - *yerra al restringir los efectos de la presunción de fraude a la esfera del deudor*. Es el adquirente quien debe probar su buena fe, que equivale a probar su *ignorancia diligente*.

⁵¹ FERNÁNDEZ CAMPOS (*Subsidiariedad de la acción pauliana en las obligaciones solidarias*, La Ley, 1996-3, pág. 1453) opina que *para que la norma tenga algún sentido, debe contener una presunción de fraude respecto al adquirente cuando la enajenación ha sido hecha en esas circunstancias*. Esto porque *es obvio, apunta, que en tales casos el deudor actúa consciente del perjuicio que causa*.

se realizó en fraude de acreedores, pero que sin embargo no es revocable porque el ánimo de defraudar se da sólo en la vendedora pero no se ha probado que existiera en la compradora⁵³. Si en circunstancias tales como las del caso no se aprecia el *consilium fraudis*, realmente se está dificultando excesivamente el ejercicio de la acción. ¿Qué hechos deben concurrir entonces para probar el *consilium fraudis*? Es ésta una de las cuestiones más difíciles que plantea el ejercicio de la acción⁵⁴.

Nuestra doctrina tradicionalmente ha explicado el tratamiento de los actos jurídicos fraudulentos desde este concepto subjetivo del fraude propio de nuestro Código civil⁵⁵ y de la doctrina del Tribunal Supremo⁵⁶, si bien apunta que actualmente la tendencia

⁵² También HERAS HERNANDEZ (en la sección *Jurisprudencia comentada* de la Revista de Derecho Privado, 1996, mayo, págs. 405-416) comenta esta S.T.S. de 3 de octubre de 1995 y señala que la presunción del art. 1.297-II es aplicable a la compraventa y que los hechos no hacen más que corroborar el fraude, sin que decaiga la presunción (*iuris tantum*, art. 1.251 CC) (pág. 414).

⁵³ El Tribunal Supremo estimó que no se había *practicado prueba alguna acerca de la complicidad en el fraude por parte de la señora P.F., habiéndose limitado a decir en la demanda que la misma era tía de la señora T.P., que estaba soltera y jubilada y que el precio confesado recibido era sensiblemente inferior al del mercado, lo que acreditaba con la aportación de un informe de la tasación de los inmuebles vendidos en la escritura, pero, desde luego, la disconformidad entre el precio escriturado y el real no representa ningún valor decisivo a tener en cuenta, en razón a la viciada práctica existente sobre el particular del precio declarado en las escrituras, y en cuanto a los datos personales y parentales indicados son notoriamente insuficientes, incluso, por la vía presuntiva, en punto a tener por acreditada la existencia de una complicidad en el fraude por parte de la compradora (...) y esto, aunque se considerase que el consilium fraudis puede estar constituido tanto por la intención de causar un perjuicio al acreedor, como por la simple conciencia de causársele, y, por el contrario, como dato positivo para la posición de la compradora se encuentra la realidad del alquiler del piso que concertó, en calidad de propietaria, con (...).*

⁵⁴ En otra sentencia relativamente reciente, de 31 de octubre de 1994 (Aranzadi nº 8005), el Tribunal Supremo declaraba no haber lugar al recurso, estimando la revocación de las compraventas por fraude de acreedores al quedar probado el *consilium fraudis* del comprador porque se realizaron dos transmisiones del mismo bien en el mismo día y por idéntico precio, porque había relación de parentesco y amistad entre las partes, porque faltaba interés en las adquisiciones, porque se cobraron "gratificaciones", por la falta de posesión del piso y la proximidad a la fecha de declaración de quiebra, entre otras razones.

⁵⁵ Muestra de ello es la obra de CRISTOBAL MONTES (*La vía pauliana*, Tecnos, 1997, especialmente págs. 152-153), que da una visión completamente subjetiva de la noción de fraude y que deja de lado la teoría de la objetivación que propugna hoy parte de la doctrina española. A nuestro juicio el autor está demasiado influenciado por el sistema italiano,

Código y doctrina. No obstante, encontramos en su obra al menos un punto en que reconoce que *el camino por el que debe andarse el problema en estudio* -las presunciones de fraude de los arts. 1.297 y 643 CC- es equiparar la gratuidad al fraude (pág. 179), pero acaba por señalar que también en esos casos *el fraude, como estado subjetivo que lleva a querer algo que no es razonable ni sensato, está presente* (179-180) y que la presunción admite prueba en contrario (pág. 178).

CASTAN (*Derecho civil...*, III, 16ª ed., Reus S.A., 1992, pág. 331) explica que *los requisitos propiamente dichos, objetivo uno y subjetivo el otro, son el perjuicio y el fraude, o sea, los que la doctrina clásica viene designando con las denominaciones de eventus damnis y consilium fraudis*. Y continúa más adelante al explicar la noción de fraude: *"Requiere la acción Pauliana como elemento subjetivo la existencia de un acto realizado por el deudor en fraude de los acreedores, o sea, con intención de perjudicarles, o, al menos, con conciencia del daño que se les causa. (...). En el Derecho español vigente, el requisito de que se trata parece perfilado con las siguientes notas: 1ª El Código civil mantiene, en principio, el requisito del consilium fraudis en toda clase de enajenaciones. 2ª Para eludir la dificultad de la prueba del consilium fraudis, establece la ley (...) presunciones de fraude"* (págs. 333-334).

DÍEZ-PICAZO y GULLON (*Instituciones de Derecho civil*, I, Tecnos, 1995, pág. 562) señalan entre los presupuestos para el ejercicio de la acción revocatoria, *que ese acto merezca la calificación de fraudulento, lo que ocurrirá cuando el deudor actúe con el propósito de defraudar a sus acreedores, es decir, con el propósito de que no puedan cobrar lo que se les debe. Pero la prueba de la intención de perjudicar es muy difícil por su carácter íntimo. Por eso la jurisprudencia ha dado al fraude el significado de que el deudor ha de ser consciente del perjuicio que se causa, ha (o debe) de conocer que después de realizado el acto no le quedan bienes bastantes para satisfacer sus compromisos. (...) El fraude ha de estigmatizar también el acto desde el punto de vista del tercero, que ha de cooperar al mismo (...). La prueba del fraude está facilitada por algunas presunciones legales*.

⁵⁶ Cuando se enumeran en general los requisitos para el ejercicio de la acción pauliana se alude normalmente a los siguientes: *"la existencia de un crédito por parte del accionante contra el dueño de la cosa enajenada; la realización de un acto por virtud del cual salga ésta del patrimonio del que la enajena; el propósito defraudatorio, tanto del que enajena como del que adquiere la cosa objeto de la enajenación, y la ausencia de todo otro medio que no sea la rescisión de ésta para obtener la reparación del perjuicio inferido al acreedor"* (de la S.T.S. de 14 de diciembre de 1993, Aranzadi nº 9885). En sentido semejante, la S.T.S. de 28 de noviembre de 1994 (Aranzadi nº 8630); o la sentencia de 10 de abril de 1995 (Aranzadi nº 3254). Y así otras muchas anteriores, de modo reiterado.

⁵⁷ De ello dejamos constancia en la Introducción (Díez-Picazo, De Castro, Morales Moreno) y en el Capítulo Primero (junto a los anteriores, Vallet, Roca Sastre, Albaladejo, Orduña, Lalaguna, Ferrara, Sancho Rebullida, entre otros).

Pérez⁵⁸, Sancho Rebullida⁵⁹, Albaladejo⁶⁰ y Puig Brutau⁶¹; En sentido contrario, Cristóbal Montes⁶², excesivamente influenciado -a nuestro juicio- por el Código y la doctrina italianos). La trascendencia del concepto subjetivo de fraude que maneja nuestro

⁵⁸ Son muestras de esta tendencia objetivadora, por ejemplo, las palabras de MARTÍN PÉREZ (*Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de octubre de 1995*, C.C.J.C., nº 40, enero-marzo/96, 1077, págs. 176-177): *"En realidad, el fraude no es un requisito general para la rescisión de los actos del deudor, mientras que sí lo es el perjuicio para los acreedores. Se prescinde del fraude, entre otros casos (arts. 1.001, 1.292), en los desplazamientos patrimoniales sin contraprestación -a título gratuito- realizados por el deudor en favor de un tercero, porque el perjuicio fraudulento es inherente a la propia naturaleza del acto. (...). No hay que olvidar la tendencia objetivadora del fraude de acreedores emprendida por la doctrina y la jurisprudencia en los últimos años (...), que se traduce en que el fraude ha de inducirse -incluso identificarse- con la evidencia del daño provocado por la insolvencia"*. En el mismo sentido, el autor propugna la necesaria objetivación del remedio contra el fraude en su obra *La rescisión del contrato* (JB, 1995). Dice así: *"La objetivación es además una necesidad, algo imprescindible para que pueda ser un instrumento eficaz en la práctica"*.

⁵⁹ SANCHO REBULLIDA (*Elementos...*, por Lacruz y otros, II-1º, 3ª ed., JB, 1994, págs. 251-254) indica que *en la disciplina del Cc., el acto fraudulento tiene también un elemento subjetivo: el llamado consilium fraudis*. Pero en la explicación del tratamiento del fraude, el autor ya apunta hacia la objetivación.

⁶⁰ ALBALADEJO (*Derecho civil*, II-1º, 9ª ed., J.Mª Bosch, 1994, págs. 215-226) explica que los requisitos para el ejercicio de la revocatoria son dos: *1º, produzca un perjuicio al acreedor; 2º, sea fraudulento*. Y cuando se detiene a aclarar qué puede entenderse por acto fraudulento, acude también a una noción objetiva del fraude en relación con los actos gratuitos: *Esto, sin embargo, no debe entenderse que choca descaradamente con la ley, que exige literalmente el fraude; pues lo que ocurre es, más bien, que en este caso de enajenación gratuita, el legislador estima haber tal fraude por el hecho de darse el perjuicio* (pág. 223).

⁶¹ PUIG BRUTAU (*Fundamentos...*, II-I, 3ª ed., 1988, pág. 335) señala entre los requisitos para el ejercicio de la acción el que la enajenación o el acto de disposición se haya otorgado por el deudor con la intención de sustraer bienes a la acción de los acreedores (consilium fraudis), y además, si la enajenación es onerosa, el adquirente ha de haber tenido conocimiento, al hacer la adquisición, de aquel designio fraudulento del enajenante (conscius fraudis). Después explica que en las enajenaciones gratuitas se presume esta intención fraudulenta. Y, aunque explica que la presunción de fraude del art. 1.297-I CC es *iuris tantum*, manifiesta su opinión de que *hubiese sido mejor que la ley afirmara, sin ninguna clase de presunción, que un deudor no puede sustraer bienes a la acción de sus acreedores a base de enajenarlos a título gratuito. En realidad es lo que hace el artículo 643, párr. 2º* (págs. 336-337).

⁶² CRISTOBAL MONTES; *La vía pauliana*, Tecnos, 1997, págs. 152-153.

Código ha sido enorme en la jurisprudencia, que comienza a corregirse. Un ejemplo: La sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra de 11 de diciembre de 1995 (la doctrina que citamos a continuación ha sido reiterada en otra sentencia del mismo Tribunal de 16 de diciembre de 1996⁶³). En primera instancia se estimó la revocación de una donación realizada por el deudor sin reservarse bienes suficientes para el pago de la deuda. La Audiencia estima el recurso y revoca la anterior *por no constar la existencia de ánimo defraudatorio*. Se interpone recurso de casación foral ante el Tribunal Superior de Justicia de Navarra. El ponente, Sr. Alvarez Caperochipi, declara haber lugar a la casación y en la argumentación de la sentencia hace un buen resumen del "desorden" o confusión que ha podido introducir en la propia jurisprudencia ese concepto subjetivo del fraude que encontramos en el Código civil. Lo recogemos porque nos parece que puede ilustrar el punto en que nos encontramos:

"Aunque la sentencia de instancia considere no acreditada la participación de los donatarios en connivencia defraudatoria frente al acreedor recurrente, la responsabilidad del donatario por deudas del donante anteriores a la donación resulta taxativamente establecida en el artículo 643 del Código Civil y asimismo en la presunción de fraude del artículo 1297.1º del mismo texto legal; como manifestación del principio de que el deudor antes debe pagar que donar, y que una honrada administración obliga a reservar los bienes suficientes para atender a las deudas sin perjudicar a los acreedores por actos lucrativos dañosos, doctrina expresamente establecida por la jurisprudencia con anterioridad al Código Civil en interpretación de la Partida 5ª, título 15, Ley 79 (Sentencias de 21 noviembre 1878, 29 diciembre 1880 y 4 octubre 1884), y que obtuvo su plasmación normativa en el artículo 37 de la Ley Hipotecaria (...), que sólo exige una complicidad en el fraude para la rescisión de las enajenaciones a título oneroso (concorde con el artículo 1179 del proyecto de 1851).

Y si es cierto que alguna sentencia con posterioridad al Código Civil afirmó que era necesaria la prueba de la connivencia defraudatoria para la rescisión de los actos a título lucrativo si el deudor no se reservaba bienes bastantes para atender a las deudas contraídas con anterioridad (Sentencias de 29 octubre 1891 y 14 enero 1935 (...)), es lo cierto que la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 noviembre 1966 (...) e igualmente la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 enero 1991 (...) califica de "iuris et de iure" la presunción de fraude en las enajenaciones a título gratuito".

El tratamiento del fraude de acreedores que se sigue de nuestro Código civil admite manejar en ciertos casos un concepto objetivo de fraude como lesión no justificada

⁶³ Aranzadi n° 8948. Se repite esta doctrina en los mismos términos.

del crédito, admitido actualmente por la doctrina (se deduce especialmente del art. 643 CC, pero se extiende a otros supuestos; también puede utilizarse en los casos en que es de aplicación el art. 1.292 CC). Los actos jurídicos del deudor en sí mismos lesivos del crédito deben estimarse fraudulentos y revocables. En este punto se inserta nuestro estudio de los criterios de objetivación del fraude o de la tipificación de los actos jurídicos objetivamente fraudulentos.

2.4. Los efectos

En cuanto a los efectos de la acción, el Código civil regula con carácter general los efectos de la acción rescisoria (arts. 1.295 y 1.298 CC) y es discutible la aplicación de un idéntico régimen a la acción revocatoria por fraude⁶⁴. No parece que sea aplicable el art. 1.295 CC, si atendemos a su propio tenor literal (en especial al primer párrafo), pues no hay nada que deba devolver el acreedor ya que no es parte en el contrato⁶⁵. Sí puede tener aplicación el artículo 1.298 CC⁶⁶ (y también pueden extraerse criterios de los dos últimos párrafos del art. 1.295 CC). El tercero demandado deberá restituir al patrimonio deudor los bienes que recibió por el acto en la medida necesaria para

⁶⁴ Como indica MARTIN PEREZ (*La rescisión del contrato (En torno a la lesión contractual y el fraude de acreedores)*, JB, 1995, págs. 364-365), la ubicación de la revocatoria entre las acciones rescisorias no tiene precedentes en los otros sistemas jurídicos, si bien encuentra su lógica por razón del origen de estas acciones, común en la *restitutio in integrum* romana.

⁶⁵ En este sentido, DE CASTRO (*El negocio jurídico*, 1971, reimpresión de 1991, Cívitas, pág. 524).

⁶⁶ En este sentido manifiesta su opinión MORENO QUESADA (*Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, XVII-2º, Edersa, 1981, art. 1.295, pág. 179), que cita también a Roca Sastre. El autor indica que el artículo 1.295 se refiere mejor a la rescisión por lesión en sentido estricto, mientras que el art. 1.298 se aplica con mayor facilidad a la revocatoria. No obstante, observamos que los autores -con carácter general- extraen del art. 1.295 CC, en particular de los dos últimos párrafos, criterios con vistas a determinar los efectos de la acción revocatoria. En particular, los relativos al alcance de la acción frente a subadquirentes que no lo sean a título oneroso y de buena fe, y a la posibilidad de transformar la revocatoria en una acción para exigir daños y perjuicios al causante de la lesión si el subadquirente es de buena fe (DIEZ-PICAZO y GULLON; *Instituciones de Derecho civil*, I, Tecnos, 1995, pág. 564; también advierten que el primer párrafo del art. 1.295 CC no tiene aplicación literal en caso de revocatoria, pág. 563).

evitar el daño del acreedor, pero en todo caso podrá optar por enervar el ejercicio de la acción pagando la deuda porque la única finalidad de la rescisión es evitar el daño y por tanto, una vez que ha desaparecido la lesión cesa la legitimación de los acreedores para el ejercicio de la acción. Si fuera imposible devolver el bien, el adquirente de mala fe deberá indemnizar (arts. 1.298 CC y 1.295-III)⁶⁷, pero nada se dice en relación con el adquirente de buena fe, salvo que consideremos que es el causante de la lesión (art. 1.295-III CC) o que extraigamos algunos criterios de la responsabilidad que en el art. 643 CC se atribuye a quien adquiere por donación. De ello nos ocuparemos más adelante (Capítulo primero). El negocio revocado sigue siendo válido entre las partes. La doctrina se ha ocupado poco de desarrollar los criterios que pueden seguirse para determinar los efectos de la acción (Sancho Rebullida⁶⁸, Albaladejo⁶⁹, Castán⁷⁰, Puig Brutau⁷¹; recientemente, ha estudiado los

⁶⁷ En la sentencia de 28 de octubre de 1993, el Tribunal Supremo declara que aunque los demandantes no hubieran ejercitado la acción de indemnización sino la acción de rescisión por fraude, que no se altera la "causa de pedir" ni se produce incongruencia cuando al no ser posible la restitución del bien por estar en manos de terceros de buena fe, se indemniza al demandante, conforme a lo previsto en el art. 1.295 CC.

A juicio de MORENO QUESADA (*Comentario del Código civil*, II, Ministerio de Justicia, 1993, art. 1.295, pág. 534) *la indemnización se acordará bien por haber ejercido, con la de rescisión, la acción correspondiente, bien en ejecución de sentencia.*

⁶⁸ SANCHO REBULLIDA (*Elementos...*, por Lacruz y otros, II-1^o, 3^a ed., JB, 1994, págs. 254-258) explica que el acto impugnado es *válido y eficaz; únicamente se revoca en la medida del fraude, es decir, en la medida imprescindible para satisfacer el interés del acreedor defraudado (actor) y, en su caso, los gastos y los perjuicios ocasionados por su ejercicio. Por eso, la doctrina la califica de "ineficacia relativa"* (pág. 255). El autor distingue, como viene haciendo la doctrina, una eficacia especial según sea el adquirente de buena o de mala fe (pág. 256).

⁶⁹ ALBALADEJO (*Derecho civil*, II-1^o, 9^a ed., J.M^a Bosch, 1994, pág. 228-230) señala también que *el acto atacado es válido, y subsisten sus efectos en cuanto no perjudiquen al acreedor* (pág. 228). Los efectos de la acción no alcanzan al adquirente de buena fe y a título oneroso (pág. 230).

⁷⁰ CASTAN (*Derecho civil...*, III, 16^a ed., Reus S.A., 1992, pág. 336) dice que el efecto de la pauliana es revocatorio del acto fraudulento, *pero, en realidad, como observan Colin y Capitant, no produce este resultado más que en aquellos casos en que puede ser obtenida la revocación sin lesionar los intereses respetables de los terceros. En los demás, la acción sólo produce una condena a indemnizar daños y perjuicios.* E indica que en nuestro Derecho se siguen esos mismos criterios. La acción sólo alcanza a los subadquirentes que no lo sean de buena fe y a título oneroso (pág. 337).

efectos de la acción Cristóbal Montes⁷²). En cuanto a los subadquirentes, puede afirmarse que la acción revocatoria puede producir efectos en cascada de manera que se extienda a todos los negocios que de modo contiguo tengan por adquirente a un tercero que lo sea bien a título gratuito, bien de mala fe⁷³. Sólo cuando nos encontramos ante un adquirente a título oneroso y de buena fe (incluso podría llegarse a exigir la equivalencia de las prestaciones, a nuestro juicio, si bien es algo heterodoxo todavía) queda interrumpido el curso de la acción, dando lugar -en su caso- a la indemnización prevista en los arts. 1.295-III y 1.298 CC.

2.5. El plazo

El plazo para el ejercicio de la revocatoria es de cuatro años (art. 1299-I CC)

⁷¹ PUIG BRUTAU (*Fundamentos...*, II-I, 3ª ed., Bosch, 1988, pág. 339) también indica que se trata de una ineficacia relativa, *en la parte necesaria para que la víctima del fraude pueda hacer efectivo su derecho de crédito. La cosa enajenada es considerada como si no hubiese sido y reingresa en el patrimonio del deudor a los efectos ejecutivos o procesales, para que los acreedores puedan proceder ejecutivamente contra ella.* Y advierte que la acción no alcanza a terceros de buena fe y a título oneroso.

⁷² CRISTOBAL MONTES (*La vía pauliana*, Tecnos, 1997, págs. 183-209) parece opinar que el tercero que se vió obligado a la devolución del bien o que pagó la deuda para enervar el ejercicio de la acción no tendrá normalmente una acción de resarcimiento por daños ni de restitución ni una acción de reembolso frente al deudor. Esto porque si es a título oneroso, tiene que ser de mala fe para verse afectado por la revocación y, si es adquirente a título gratuito, no tiene derecho alguno por la pérdida de la cosa por la revocación (para argumentarlo, apela el autor al art. 638 CC, pág. 187; si bien en este último caso será tratado como poseedor de buena fe, págs. 197-198). En cuanto a los acreedores, coincidimos con el autor cuando señala que sólo se benefician de la acción quienes la ejercitaron (pág. 190) y, si se diera conflicto con los acreedores del adquirente, debe resolverse a favor de los acreedores legitimados para la revocatoria (pág. 190). Cristóbal Montes explica que los terceros adquirentes pueden enervar la acción por el pago de la deuda (cita el art. 1.294 CC, pág. 196), y así es, porque que una vez que ha sido sanado el daño el acreedor carece de legitimación para el ejercicio de la acción.

⁷³ Junto a la doctrina de los autores que acabamos de citar, en este sentido se pronuncia también CRISTOBAL MONTES (*La vía pauliana*, Tecnos, 1997, págs. 205-206): *"Mientras la cadena no se rompa, mientras no aparezca en el tractus transmisivo un adquirente de buena fe a título oneroso que cierre la puerta de la acción revocatoria, ésta podrá continuar su debeladora trayectoria frente a cualquier adquirente de la cosa y con indiferencia del número de enajenaciones que hayan tenido lugar".*

a contar, según algunos autores, desde la enajenación (Díez-Picazo y Gullón⁷⁴, Albaladejo⁷⁵, Sancho Rebullida⁷⁶), o desde que pudo el acreedor tener conocimiento de la enajenación (S.T.S. de 16 de febrero de 1993⁷⁷)⁷⁸. Una solución intermedia es la de la sentencia de 4 de septiembre de 1995⁷⁹, en que el Tribunal Supremo ha declarado que el cómputo del plazo comienza a contarse *desde el acto fraudulento mas, si el mismo se oculta*,

⁷⁴ DIEZ-PICAZO y GULLON (*Instituciones de Derecho civil*, I, Tecnos, 1995, pág. 563) explican que *si tenemos en cuenta que la insolvencia o disminución de posibilidades de pago ha de producirse necesariamente del acto que se impugna, ha de estimarse que el plazo empieza a transcurrir desde su celebración*.

⁷⁵ Según ALBALADEJO (*Derecho civil*, II-1º, 9ª ed., J.Mª Bosch, 1994, pág. 231) *dicho plazo, siendo de caducidad, comienza a correr, en principio, desde la enajenación fraudulenta*.

⁷⁶ En el mismo sentido se pronuncia SANCHO REBULLIDA (*Elementos...*, por Lacruz y otros, II-1º, JB, 3ª ed., 1994, pág. 258).

⁷⁷ Aranzadi nº 774. El Tribunal Supremo se pronunció en los siguientes términos: *"Una interpretación teleológica del artículo 1.299.1º del Código Civil, ante su silencio específico del cómputo del tiempo de caducidad en el supuesto del fraude, (...) debe tener en cuenta el principio de Derecho: inchlussio unius, exchlussio alterius, y por ello no puede ser otro que el que más favorezca a la víctima del acto ilícito civil"*(F.D. 3º). Se trataba de un supuesto de donación en que el donante solicita después su declaración concursal y, por otra parte, el donatario, que había inscrito a su nombre las fincas recibidas por la donación, las enajena a tercero a título oneroso, que también inscribe en el Registro. Los acreedores solicitaron la rescisión de la donación, y la parte demandada alegó la excepción de caducidad de la acción. En Primera Instancia se estimó la demanda. La Audiencia Provincial de Barcelona confirmó la anterior. En casación, no hubo lugar. El Tribunal Supremo declaró que *ha de aplicarse por analogía lo dispuesto en el artículo 1.969 del Código civil* (F.D. 3º). Y, aplicándolo al supuesto concreto, indica: *"Civil, hipotecaria, teleológicamente y por sentido de justicia que evite la indefensión del ciudadano español que sea acreedor (art. 24 de la Constitución) ha de ser la fecha que legalmente publique el acto fraudulento y vincule a la víctima, cual es el de la inscripción registral, salvo que en otro caso se acredite (...) que dicha víctima acreedora lo conoció anteriormente cabal y enteramente"*.

⁷⁸ Hay sentencias del Tribunal Supremo anteriores a la citada que resuelven el problema de la determinación del momento a partir del cual se computa el plazo de caducidad de la acción rescisoria de modo diferente. El contraste entre ellas puede verse en el comentario de F.A. RODRIGUEZ MORATA a la S.T.S. 16 febrero 1993 (*Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil* n.31, enero-marzo/93, nº 826). En sentencia de 26 junio 1946, el Tribunal Supremo declaró que no es correcto que el plazo para revocar la donación comience a contar desde la ejecución infructuosa.

⁷⁹ Aranzadi nº 6490.

desde el conocimiento que, como hablamos de "posibilidad legal", siempre sería desde la inscripción en el Registro. Conforme con la sentencia se ha manifestado Jordano Fraga⁸⁰, que poco antes se había pronunciado en favor de este tipo de solución⁸¹. La sentencia del Tribunal Supremo de 4 de noviembre de 1996⁸² declara que el cómputo del plazo de caducidad del art. 1.299 CC *deberá realizarse atendidas las peculiaridades del caso concreto, armonizándose los intereses generales que exigirían hacerlo a partir de la celebración del acto, evitando la prolongación de la situación de interinidad creada y los propios de los interesados, que exigen el conocimiento del daño y la posibilidad de actuar para remediarlo.*

III. LA ACCION REVOCATORIA DE LA QUIEBRA

Para el estudio de la acción revocatoria de la quiebra nos referiremos en particular al régimen vigente del Código de comercio. Hemos estudiado las Ordenanzas de Bilbao (1737) a fin de comprobar si en ellas se recogieron acciones revocatorias y cuáles, porque se dice que contienen la primera regulación completa de la quiebra y que constituyen un precedente de la actual regulación, si bien ésta recibe una influencia directa de la normativa francesa y no de aquéllas. También hemos estudiado el régimen de la última propuesta de anteproyecto de ley concursal (1996) para situarnos en las actuales perspectivas de futuro en materia de revocatoria de la quiebra. Si prospera, la propuesta afectará al ámbito civil del concurso, de modo que dispondrían los acreedores civiles de idénticas acciones que los mercantiles en un procedimiento común para la declaración del estado de insolvencia.

⁸⁰ La sentencia ha sido comentada por JORDANO FRAGA (C.C.J.C., nº 40, 1076), que la estima que la solución que da a la cuestión del cómputo del plazo es acertada (pág. 160).

⁸¹ JORDANO FRAGA (*El dies a quo para el cómputo del plazo de la acción revocatoria o Pauliana (con motivo de una jurisprudencia reciente)*, R.C.D.I., 1995, nº 626, págs. 71-128, pág. 103) señala como criterio que estima preferible el siguiente: "el momento en que el acreedor conoce o debió conocer el acto perjudicial de su deudor que se trata de impugnar".

⁸² Aranzadi nº 7910. Ponente Sr.D. José Almagro Nosete.

III.1. Las Ordenanzas de Bilbao (1737)

Estas Ordenanzas, publicadas en 1737, son el fruto de la necesaria regulación del comercio en Bilbao, donde venían aplicándose desde 1511 ciertas ordenanzas que los Reyes Católicos aprobaron⁸³ para las transacciones entre mercaderes de la ciudad de Burgos. El desarrollo del comercio hizo necesario unas ordenanzas específicas para esta ciudad, con motivo de los numerosos problemas que se planteaban y para los cuales resultaba insuficiente la anterior regulación. Así nacen las Ordenanzas de Bilbao, cuya aplicación se extendió a otras plazas y mercados hasta convertirse en la normativa mercantil que *casi exclusivamente se observó en la mayor parte del reino, y por necesidad han debido ejercer una gran influencia en el nuevo Código*⁸⁴.

En las Ordenanzas de Bilbao, junto a las normas reguladoras de los típicos aspectos mercantiles, se trata ampliamente la materia referente a la insolvencia. A este tema se dedica el Capítulo XVII, titulado *De los atrasos, fallidos, quebrados, ó alzados; sus clases, y modo de procederse en sus quiebras*. Veamos si aparecen en esta normativa rasgos que influyeron después en nuestro Código de Comercio en materia de impugnación de actos y contratos por razón de la insolvencia, o si de lo contrario, éste tomó criterios innovadores o procedentes de otros ordenamientos⁸⁵.

Las Ordenanzas de Bilbao recogen varios supuestos de actos o negocios

⁸³ Real Cédula de 21 de julio de 1494, expedida en Medina del Campo.

⁸⁴ De la Introducción a las Ordenanzas de Bilbao de *Los Códigos Españoles concordados y anotados*, XII, Madrid, 1851.

⁸⁵ De las Ordenanzas de Bilbao, explica GARRIGUES (*Curso de Derecho mercantil*, 1980, págs. 384-385) lo siguiente, en relación con el Derecho de quiebras: "En la práctica se iban relegando el concurso y la cesión de bienes para los no comerciantes, mientras se formaba por influjo italiano una doctrina mercantilista de la quiebra que alcanza su consagración legal en las Ordenanzas de Bilbao (1737), donde se regula sistemáticamente un procedimiento de quiebra exclusivo para los comerciantes. (...). Las Ordenanzas de Bilbao contienen la primera reglamentación completa de la quiebra, tanto en el aspecto procesal (...) como en el aspecto material (disposiciones sobre disminución e integración de la masa; retroacción y paulianas específicas, etc.)."

impugnables por su relación con la insolvencia del deudor quebrado⁸⁶. Entre ellos, tan sólo

⁸⁶ Nos referimos a los siguientes:

1º Se prohíbe el pacto privado entre parte de los acreedores y quebrado, una vez iniciado el concurso: *"No podrá hacerse ajuste, ni convención alguna, particular entre Acreedores, y quebrado, sin noticia, y consentimiento de los Comisarios, y los demas Acreedores; pena de su nulidad, y de que se procederá contra los que en ello hubieren intervenido, a los rigores que hu(v)iere lugar."* (Ordenanzas de Bilbao, Cap. XVII, num. XXII).

2º Los pagos anticipados próximos a la declaración de insolvencia son nulos por fraudulentos: *"Quando algunas personas hallandose proximas a quebrar, antes de publicarse su falencia anticiparen pagamentos de Letras, y demas débitos, ya sea en dinero, traspasos, o cesiones, o ya en ventas, donaciones de bienes muebles, o rai(z)es, de plazos, que no esten cumplidos para el dia en que se publicare su quiebra, aunque las tales cosas cedidas, o vendidas sean pagaderas a más largo termino que el de la obligación del quebrado, será visto quedar los tales pagamentos nulos, como fraudulentos, y que la tal cantidad, o cantidades, que dieren, cedieren, o vendieren, de dinero, u otros bienes, hayan de (b)olver, y (b)uelvan los que las recibieren a la masa comun del concurso, sin e(s)cusarles ningún pretesto, ni razón que quieran dar para lo contrario; y que ademas se tendrá a la tal, o tales personas quebradas, que asi hicieren semejantes pagamentos, por fraudulentos, y incursos en las penas, y cominaciones prevenidas, e impuestas por Derecho"* (Ordenanzas de Bilbao, Cap. XVII, num. XXIII).

3º Simulación: *"Quando en caso de quiebras supusiere alguna persona ser Acreedor del quebrado, no siendolo, será visto quedar condenado, por vía de multa, en la misma cantidad que pretendiere debersele, y si otra alguna, debiendosele efectivamente cierta cantidad, supusiere dolosamente otra mayor; a ésta se le condenará a no ser oída, ni admitida en concurso para la cobranza, ni aun de lo que legitimamente se le debía, en castigo del fraude intentado (...)"* (Ordenanzas de Bilbao, Cap. XVII, num. XXIV).

4º Alzamiento de bienes: *"Y por (q)uanto se ha experimentado que algunos quebrados, dias antes (o en los mismos) de sus quiebras, con fraude, y dolo, y de caso pensado, han extraido de sus Casas, y Lonjas, Mercaderías, Alhajas, y otras cosas de valor, endosado en confianza Letras de cambio, y cedido Vales, y otros créditos, y derechos, pasandolos a poder de personas, parientes, y amigos, sin deberles cosa alguna, y solo con el fin, y intento de recuperar despues las tales Mercaderías: (especifica un castigo para los encubridores); y al quebrado se deberá tener, y tenga por este hecho, por fraudulento, y se le castigará con los rigores prevenidos para en tales casos por Leyes Reales, y condignos a su delito."* (Ordenanzas de Bilbao, Cap. XVII, num. XXV).

5º Contratos no consumados (envío de mercancías): *"Siempre que el fallido hu(v)iere cedido, o endosado conocimientos, o vendido Mercaderías que no ha(v)ian llegado a su poder, a otras personas; la tal venta, o cesión se tendrá por nula, aunque haya pagado su valor al remitente, y recibidole el comprador, y las tales Mercaderías, llegadas que sean a esta Villa, se aplicarán a la masa comun del concurso."* (Ordenanzas de Bilbao, Cap. XVII, num. XXXII).

6º Instrumento para el cobro otorgado en tiempo inhábil próximo a la quiebra: *"Si se hallare que algun Instrumento que presentare (q)ualquiera Acreedor (aunque sea Carta de pago de dote de la mu(g)er del fallido) se hu(v)iere otorgado en tiempo inhabil, por presumirse ha(v)erse hecho en dolo, y fraude de los Acreedores personales; como es,*

encontramos un caso -el de los pagos anticipados- común a la regulación de las Ordenanzas de Bilbao y a las normas relativas a la acción revocatoria por fraude de acreedores que se recogieron en Las Partidas.

III.2. Los mecanismos de reintegración de la masa en el vigente procedimiento de quiebra (arts. 878-882 CCo)

Las Ordenanzas de Bilbao de 1737, como hemos visto, ya regularon un procedimiento de quiebra exclusivo para los comerciantes. Esta diversificación de procedimientos de la insolvencia⁸⁷ según se trate de un deudor comerciante o no, se

(q)uando se halla proximo a quebrar, o que por otras reglas de Derecho se conozca tal malicia; se deberá dar por nulo, y ninguno, reputando a los tales Acreedores como de derecho personal." (Ordenanzas de Bilbao, Cap. XVII, num.LIII).

7º Separación de dote de la masa de la quiebra: *"Por (q)uanto se ha experimentado, que las mu(g)eres de algunos Comitentes que han quebrado, o sus herederos en representación de ellas se han opuesto a los concursos, y cobrado sus dotes; y despues (b)olviendo los tales Comerciantes a tratar, y comerciar de nuevo, quebraron segunda, o mas veces, y se ha repartido la misma acción por sus mu(g)eres (..): Para evitar el perjuicio, y fraude que en esto puede ha(v)er contra los demas Acreedores que han tratado a la buena fe, y ignorantes de semejante derecho; se ordena, y manda, que siempre que sucediere la quiebra de alguno, i se sacare por su mu(g)er, o sus herederos dote, se entienda, que en adelante (...) no se haya de poder pedir (...)." (Ordenanzas de Bilbao, Cap. XVII, num. LIV).*

⁸⁷ Sobre cuál sea el concepto de insolvencia que pueda dar lugar a la declaración de quiebra existen distintas teorías doctrinales. A juicio de MARTIN SANTISTEBAN (*Alcance y significación de la insolvencia como base del presupuesto objetivo de la declaración de quiebra. Comentario a las SS TS de 9-1-1984 y 13-10-1989, A.D.C., 1995-I, Sección de Jurisprudencia del Tribunal Supremo. Sentencias comentadas, págs. 447-465, pág. 456*)- la más acertada es la que sostiene que son varios los *presupuestos objetivos que por sí mismos justifican la constitución de la relación procesal de quiebra, sin que sea posible desvirtuarlos alegando que el deudor es solvente, sino sólo demostrando su "falsedad o insuficiencia legal" y "estar al corriente del pago de las obligaciones" (...) en el procedimiento de revocación del Auto de declaración de quiebra dentro de los ocho días de declarada ésta* (Vicent Chulià). También la jurisprudencia resulta contradictoria según explica la autora (págs. 458-465): *"En ocasiones se exige para que la oposición del comerciante pueda prosperar, que no se haya producido el sobreseimiento, y en otras sentencias en cambio, se matiza, indicando que el sobreseimiento debe ser de carácter definitivo y completo, "acusador de una insolvencia definitiva". Todo ello sólo permite concluir, en nuestra opinión, que nuestro derecho contempla no uno sino diversos presupuestos objetivos que, con carácter alternativo,*

confirmó después con el Código de comercio de 1829 y sigue vigente en el Código de comercio de 1885. Los remedios jurídicos de reintegración de la masa previstos para la quiebra del deudor mercantil, que describimos a continuación, no están previstos para el concurso de acreedores del deudor no comerciante (regulado en el Título XVII del Libro IV del Código civil y en el Título XII del Libro II de la Ley de Enjuiciamiento civil). La materia de quiebras en Derecho español está marcada por la influencia francesa (Garrigues⁸⁸, Rojo Fernández-Río⁸⁹).

"Estar en quiebra" quiere decir -explica el Profesor Garrigues- no poder pagar íntegramente a todos los que tienen derecho a ser pagados: es un estado de desequilibrio entre los valores realizables y los créditos por pagar⁹⁰. El Código de comercio contiene las normas reguladoras del procedimiento de quiebra: se trata de un procedimiento de ejecución colectiva o universal que descansa en el principio de la comunidad de pérdidas⁹¹. La finalidad del procedimiento es la satisfacción del derecho de los acreedores. Para ello el legislador recurre a distintos modos de reconstrucción del patrimonio del deudor⁹². En particular, en nuestro Código de comercio se combinan dos medidas reintegradoras de la

dan lugar al procedimiento de quiebra" (pág. 463). Y señala que esto coincide con las directrices seguidas por los movimientos de reforma del Derecho Concursal (pág. 463).

⁸⁸ Explica GARRIGUES (*Curso de Derecho mercantil*, II, 1980, pág. 385) -refiriéndose al Código de 1829- que la influencia francesa se manifiesta en el Código tanto directamente por obra del Código francés de 1807, como indirectamente a través de las Ordenanzas de Bilbao, que fueron, a su vez, influidas por la Ordenanza francesa de 1673.

⁸⁹ También ROJO FERNANDEZ-RIO (*Introducción al sistema de reintegración de la masa de la quiebra*, R.D.M., n.º 151, 1979, págs. 37-100, pág. 53) indica que el sistema español de reintegración de la masa forma parte del grupo francés.

⁹⁰ GARRIGUES, J.; *Curso de Derecho mercantil*, II, 7ª ed., 1980, pág. 377.

⁹¹ GARRIGUES, J.; *Curso de Derecho mercantil*, II, 1980, pág. 378.

⁹² A juicio de SANCHEZ CALERO (*Instituciones de Derecho mercantil*, II, 17ª ed., Edersa, pág. 451) la reintegración de la masa se orienta en defensa del principio de la igualdad de trato entre los acreedores (*par conditio creditorum*). Se trata de medidas que parten de fuerte desconfianza hacia la actuación del quebrado en el periodo precedente de la quiebra, explica el autor.

masa de la quiebra⁹³: 1ª la retroacción de los efectos de la quiebra; y 2ª las acciones revocatorias de la quiebra. Junto a ellas, es posible también una vez declarada la quiebra, ejercitar la acción pauliana tal y como está previsto en el Código civil (acción revocatoria ordinaria por fraude de acreedores, art. 1.111 CC), siempre que no se trate de los supuestos a que se refieren estas revocatorias especiales de la quiebra (Rojo Fernández-Río⁹⁴ y Soto

⁹³ "¿Qué se entiende por reintegración de la masa?", pregunta ROJO (*Introducción al sistema de reintegración de la masa de la quiebra*, R.D.M., nº 151, 1979, pág. 37-100, pág. 38), y contesta: "Muy sencillo: Aquel conjunto de operaciones dirigidas a traer a la masa cuantos bienes deban figurar en ella". La cuestión, dice, no debe ser tanto qué bienes deben figurar en la masa como más bien desde cuándo el deudor queda privado de la facultad de realizar determinados actos de trascendencia patrimonial. Señala que existe una constante en la solución de esta cuestión y ésta es la búsqueda del difícil equilibrio entre dos intereses contrapuestos: El interés de la masa pasiva, el interés de la masa de acreedores, y el interés del crédito, el interés del tráfico (pág. 40).

MASSAGUER FUENTES (*La reintegración de la masa en los procedimientos concursales*, LB, 1986, pág. 11) explica las funciones de la reintegración de la masa: "En la reintegración de la masa resultan, como consecuencia de los principios que rigen el procedimiento concursal -responsabilidad patrimonial universal y par condicio creditorum-, dos funciones ligadas entre sí: una función redistributiva y una función preventiva". Señala también que todo sistema de reintegración aparece constreñido por dos ineludibles exigencias: 1) la reparación de un daño; 2) la vinculación a la insolvencia del deudor (pág. 15).

En cuanto al sentido de estas medidas de reintegración de la masa, indica SANCHEZ CALERO (*Instituciones de Derecho mercantil*, II, 17ª ed., 1994, Edersa, pág. 451) que se ha previsto todo ello en defensa del principio de la igualdad de trato de los acreedores. En este sentido, se observa que -en la quiebra- la fuerza de este principio provoca la expansión de los efectos de la declaración de quiebra a un espacio temporal previo que no es el propio del principio de la par condicio creditorum, pero que de este modo llega a verse afectado por él. Explica también el autor (pág. 451) que estas normas de especial rigor parten de fuerte desconfianza hacia la actuación del quebrado en el período precedente de la quiebra (el llamado "período sospechoso"...).

SOTO VAZQUEZ (*Aspectos concursales del patrimonio del insolvente*, Comares, 1995, pág. 97) define a las acciones de reintegro de la masa concursal como aquellas actuaciones encaminadas a recuperar o restituir a la masa activa de la quiebra o concurso de acreedores el conjunto de bienes y derechos de contenido económico que indebidamente ha salido de la misma.

⁹⁴ A juicio de ROJO FERNANDEZ-RIO (*Introducción al sistema de reintegración de la masa de la quiebra*, R.D.M., nº 151, 1979, pág. 37-100, pág. 90) cabe ejercitar la acción revocatoria ordinaria o general tanto para la revocación de un acto realizado con anterioridad a los periodos sospechosos como para la revocación del concluido dentro de uno de los periodos legalmente establecidos, siempre que en este último caso no se trate de uno de los actos específicamente señalados en los artículos 879 a 882.

Vázquez⁹⁵; En diverso sentido, Massaguer⁹⁶).

2.1. La retroacción de los efectos de la quiebra (art. 878-II CCo)

El artículo 878 del Código de comercio, en su segundo párrafo, declara *nulos*⁹⁷ los actos del quebrado *posteriores a la época a que se retrotraigan los efectos de la quiebra*. Este sistema de retroacción judicial absoluta ha sido fuertemente criticado⁹⁸ y

⁹⁵ SOTO VAZQUEZ (*Aspectos concursales del patrimonio del insolvente*, Comares, 1995, pág. 98) estima que son compatibles la acción pauliana y la revocatoria concursal.

⁹⁶ MASSAGUER FUENTES (*La reintegración de la masa en los procedimientos concursales*, LB, 1986, pág. 90) indica que la doctrina aprueba el ejercicio de la revocatoria ordinaria en el procedimiento concursal, aunque opina que *cabe (...) pensar que el legislador, al establecer un mecanismo más rígido que la propia acción revocatoria* (se refiere al art. 882 CCo) *estaba excluyendo, con ello, su posible aplicación como expediente del sistema de reintegración de la masa*. Y concluye lo siguiente: "1) no cabe el ejercicio de la acción revocatoria ordinaria contemporánea al de los mecanismos ex arts. 879 a 882 del Código de comercio, ya que posee un carácter subsidiario (...); 2) no creo que quepa su ejercicio en el periodo que media entre los dos años anteriores a la apertura del procedimiento concursal, o a la fecha de la retroacción, y los cuatro años anteriores a tal fecha, pues sería paradójico que para conseguir la ineficacia de los negocios realizados en dicho lapso de tiempo se exigiera una prueba más débil que la precisada para la aplicación de uno de los concretos mecanismos de reintegración (el del art. 882 del Código de comercio).

⁹⁷ Se trata de una nulidad absoluta e intrínseca, que no necesita ser declarada judicialmente (GARRIGUES; *Curso de Derecho mercantil*, II, 1980, pág. 430).

⁹⁸ El sistema de retroacción absoluta se impuso en ocasiones incluso frente al tercero del artículo 34 de la Ley Hipotecaria (Garrigues cita en este sentido la sentencia de 17 de marzo de 1958), aunque otras veces el Tribunal Supremo entendió que éste era un límite a la retroacción de la quiebra (Rojo cita en este sentido las sentencias de 31 de mayo de 1960 y de 1 de febrero de 1974). Por esta razón, GARRIGUES (*Curso de Derecho mercantil*, II, 1980, págs. 430-431) critica la retroacción absoluta: además de traer la consiguiente inseguridad del tráfico jurídico, el sistema *-dice- excede evidentemente las exigencias de defensa de los acreedores. Bastaría a este efecto con una nulidad relativa tanto en el aspecto objetivo (limitada a los actos que tuviesen repercusión real sobre la masa de la quiebra, aumentando el pasivo o disminuyendo el activo (...)) como en el aspecto subjetivo (sólo podría hacerse valer por los acreedores, en cuyo interés exclusivo se establece; no por el quebrado, ni por el que contrató con él).*

ROJO FERNANDEZ-RIO (*Introducción al sistema de reintegración de la masa de la quiebra*, R.D.M., nº 151, 1979, págs. 37-100, pág. 67) explica que *no puede extrañar (...)* que en los últimos años se haya podido apreciar, sobre todo entre los autores

en la actualidad se encuentra debilitado por el empeño flexibilizador de la doctrina⁹⁹ y de la jurisprudencia¹⁰⁰ más reciente¹⁰¹. También el legislador ha modulado el rigor de este

procedentes de la práctica, un esfuerzo por configurar la nulidad a que se refiere el artículo 878 II C. de c. como una simple anulabilidad. Pero añade: "No obstante, aun reconociendo las graves deficiencias de la tesis de la nulidad, ésta es la propia del derecho español.". Y concluye que se comprende que las legislaciones modernas prescindan de la retroacción absoluta, aunque no necesariamente debe desaparecer la retroacción: "El periodo que va desde la fecha de la retroacción a la declaración judicial de quiebra ya no se hace jugar como auténtico periodo de retroacción, sino como periodo sospechoso, es decir, admitiendo la posibilidad de ejercitar en él distintas acciones revocatorias especiales que, según la naturaleza de los actos, conocen más o menos facilidades probatorias" (pág. 83).

⁹⁹ Como muestra MASSAGUER FUENTES (*La reintegración de la masa en los procedimientos concursales*, LB, 1986, págs. 35-36), la interpretación literal del precepto ha sido suavizado por la doctrina. La doctrina mayoritaria sostiene -señala el autor (pág. 59)- que la nulidad no alcanza a todos los negocios celebrados por el quebrado, quedando fuera de su alcance los que tengan por objeto bienes integrantes del patrimonio inembargable del quebrado, los que hubiere realizado en representación o por cuenta de un tercero y aquellos de los que no se derive un perjuicio para la masa activa de la quiebra.

¹⁰⁰ Como señala SANCHEZ CALERO (*Instituciones de Derecho mercantil*, II, 17ª ed., 1994, Edersa, pág. 451), el principio de retroacción absoluta ha sido mitigado por la interpretación jurisprudencial. Explica que el Tribunal Supremo tiene declarado que la retroacción de los efectos de la quiebra no alcanza rango de inconstitucionalidad, a pesar de la inseguridad jurídica que crea (en conexión con el artículo 9 de la Constitución española). Pero, a la vez, se ha flexibilizado el rigor literal cuando se trata de actos que no perjudiquen a los acreedores (págs. 451-452). GARCIA GARCIA (*La seguridad jurídica y la retroacción de la quiebra (Crítica a la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de noviembre de 1991)*, R.C.D.I., 1992, nº 610, págs. 1359-1369) comenta la sentencia citada diciendo que al interpretar el art. 878.2º CCo en sentido de sostener que la retroacción tiene efectos absolutos llega a una solución que parece inadecuada para los tiempos actuales, pues tal precepto produce un efecto drástico, duro e inconstitucional para los terceros de buena fe, sean adquirentes o subadquirentes del quebrado (pág. 1362). Este precepto requiere ser reformado no sólo porque la protección del tercero de buena fe así lo exige sino también porque lo exige la sintonía de nuestro ordenamiento con los otros sistemas europeos. Como señala el autor, esta interpretación produce indefensión inconstitucional de los terceros adquirentes que nada saben de una fecha de retroacción fijada a sus espaldas y de la que, al parecer, nada pueden oponer cuando la declaración judicial ha quedado firme en el juicio de quiebra (pág. 1365).

¹⁰¹ Mª MARCOS GONZALEZ (*El periodo de retroacción en el proceso de quiebra*, Revista de Derecho Procesal, 1995, nº 3, págs. 897-967) critica los efectos de la nulidad tal y como el Tribunal Supremo viene aplicándolos, en sentido de que tiene el adquirente que devolver lo recibido mientras que él se pone a la cola con los otros acreedores para que le devuelvan: Esto es criticable, señala, especialmente cuando se trata de actos que no han producido una disminución patrimonial de la masa concursal porque el adquirente entregó

sistema: La ley 2/1981 de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario, excluye del régimen de la retroacción absoluta las hipotecas constituidas en favor de las Entidades del mercado hipotecario, que sólo podrán impugnarse cuando quede probado que fueron otorgadas en fraude de acreedores (art. 10)¹⁰².

2.2. Las acciones revocatorias de la quiebra (arts. 879-882 CCo)

En los artículos 879 a 882 del Código de comercio, ha dispuesto el legislador un abanico de acciones de impugnación de determinados actos realizados por el deudor antes de la declaración de quiebra¹⁰³. No se encuentran acciones semejantes en la regulación civil del concurso de acreedores, son acciones propias del procedimiento de quiebra. Los presupuestos para el ejercicio de las distintas modalidades de la revocatoria (o de las distintas acciones revocatorias) varían. No obstante, siempre que se hace referencia a los actos que se han llevado a cabo en un periodo de tiempo determinado, hay que entender referido el cómputo a partir del momento al que se retrotraen -en su caso- los efectos de la declaración

al quebrado una contraprestación equivalente al valor patrimonial del bien que adquirió, y es criticable porque si los síndicos no restituyen a su vez se produce un enriquecimiento injusto de la masa que no es posible fundamentar en Derecho (págs. 966-967). La sentencia del Tribunal Supremo de 12 de marzo de 1993, sin embargo, representa un cambio de postura -explica (pág. 901)- por cuanto se considera que la nulidad es relativa a aquellos actos que no se demuestre que perjudicaron a la masa de la quiebra. A juicio de la autora, *la retroacción tiene como finalidad -según afirman unánimemente la doctrina y la jurisprudencia- garantizar la par condicio creditorum por lo que no debe declararse nulo ningún acto patrimonial que en nada afecte a esta paridad en el trato de los acreedores* (pág. 955). En cuanto a la prueba de si el acto es lesivo o no, explica Marcos que el Tribunal Supremo no tiene una postura definida, unas veces exige la prueba del daño de los síndicos, otras admite un sistema de presunción *iuris tantum* de la existencia del daño (pág. 962) de manera que los demandados se pueden defender frente a los síndicos probando que el acto no ha sido lesivo para el patrimonio deudor porque no lo mermó, solución ésta que le parece acertada (pág. 964).

¹⁰² Nos remitimos en lo relativo a la interpretación de este precepto al Capítulo noveno (se comenta con motivo del estudio de la hipoteca constituida en fraude de acreedores).

¹⁰³ ROJO FERNANDEZ-RIO (*Introducción al sistema de reintegración de la masa de la quiebra*, R.D.M., n° 151, 1979, págs. 37-100, pág. 53) se refiere a estas acciones como *acciones revocatorias o paulianas*.

de la quiebra¹⁰⁴, y no a partir de la declaración de quiebra. Los siguientes actos pueden declararse ineficaces¹⁰⁵ frente a los acreedores del deudor quebrado:

a) Los pagos anticipados¹⁰⁶ hechos en los quince días previos a la quiebra (art. 879 CCo). Se presumen fraudulentos *iuris et de iure* (Rojo Fernández-Río¹⁰⁷, Massaguer¹⁰⁸).

¹⁰⁴ En este sentido, se pronuncia GARRIGUES; *Curso de Derecho mercantil*, II, 1980, pág. 431.

Como dice el Profesor ROJO FERNANDEZ-RIO (*Introducción al sistema de reintegración de la masa de la quiebra*, R.D.M., n° 151, 1979, págs. 37-100, pág. 53), *al periodo de retroacción precede el periodo sospechoso. (...) El derecho español no conoce un periodo sospechoso general, un periodo sospechoso para toda clase de actos, sino periodos sospechosos especiales, de distinta duración según la naturaleza del acto a impugnar. Los artículos 879 a 882 están dedicados a disciplinar la duración de esos periodos, en los que los síndicos, en representación de los acreedores, pueden ejercitar unas acciones de revocación especiales.*

¹⁰⁵ La ineficacia es simplemente frente a los acreedores y en la medida en que sea necesario para reparar el daño. Si el adquirente no puede devolver la cosa, viene obligado a restituir su valor (GARRIGUES; *Curso de Derecho mercantil*, II, 1980, pág. 435).

ROJO FERNANDEZ-RIO (*Introducción al sistema de reintegración de la masa de la quiebra*, R.D.M., n° 151, 1979, págs. 37-100, pág. 95) explica que *entre la acción pauliana o revocatoria ordinaria y las acciones de los artículos 879 a 881, existe una relación de género a especie*. Podemos deducir de ello que admite que se trata de acciones revocatorias (con efectos dirigidos solamente a evitar el daño, pero respetando en lo demás la validez del negocio impugnado).

¹⁰⁶ MASSAGUER FUENTES (*La reintegración de la masa en los procedimientos concursales*, LB, 1986, pág. 50) define que *por pago anticipado se entiende el efectuado en orden a la extinción de una obligación cuyo vencimiento tiene lugar con posterioridad a la declaración de quiebra, o apertura del procedimiento de suspensión de pagos*. Quedan excluidos, por tanto, de la aplicación del 879 y del 880-3° CCo los pagos de deudas no vencidas en ese momento pero cuya fecha de vencimiento sea anterior a la declaración de quiebra (págs. 50-51).

Señala GARRIGUES (*Curso de Derecho mercantil*, II, 1980, pág. 432) que *también se incluyen aquí, aun cuando el C. de c. no lo diga, los pagos de obligaciones condicionales estando pendiente la condición*. En el mismo sentido se pronuncia ROJO FERNANDEZ-RIO (*Introducción al sistema de reintegración de la masa de la quiebra*, R.D.M., n° 151, págs. 37-100, pág. 97).

¹⁰⁷ ROJO FERNANDEZ-RIO; *Introducción al sistema de reintegración de la masa de la quiebra*, R.D.M., n° 151, págs. 37-100, pág. 96.

¹⁰⁸ MASSAGUER FUENTES (*La reintegración de la masa en los procedimientos concursales*, LB, 1986, pág. 52) indica que en este caso *la Ley presume, "iuris et de iure"*,

b) Determinados contratos celebrados en los treinta días previos a la quiebra (art. 880 CCo). En concreto, las donaciones¹⁰⁹, la dote de las hijas hecha con bienes privativos, la concesión de bienes en pago de deudas no vencidas, la constitución de hipoteca en garantía de obligaciones de fecha anterior *o por préstamo de dinero o de mercaderías cuya entrega no se verificase de presente al tiempo de otorgarse la obligación ante el Notario y testigos que intervinieran en ella*¹¹⁰. Estos actos, entre otros¹¹¹, se presumen fraudulentos. La presunción no admite prueba en contrario (Garrigues¹¹², Rojo Fernández-Río¹¹³, Soto Vázquez¹¹⁴) y por esta razón pueden revocarse¹¹⁵.

la concurrencia de los requisitos objetivo y subjetivo.

¹⁰⁹ El artículo 879 se refiere a las transmisiones de bienes inmuebles a título gratuito, de un lado, y -de otro- a las donaciones no remuneratorias *otorgadas después del balance anterior a la quiebra, si de éste resultare un pasivo superior al activo del quebrado*. Este segundo supuesto se ha añadido en el Código de comercio vigente a los supuestos que existían en el art. 1039 del CCo de 1829. Este artículo era prácticamente igual al actual art.880 CCo, al que simplemente se ha añadido el 5º párrafo relativo a donaciones no remuneratorias.

¹¹⁰ A juicio de MASSAGUER FUENTES (*La reintegración de la masa en los procedimientos concursales*, LB, 1986, pág. 54) *las hipotecas convencionales podrán incluirse como negocios a título gratuito en cuanto no respondan a un efectivo sacrificio por parte del que, como consecuencia del negocio de constitución, se convierta en acreedor hipotecario*.

¹¹¹ Por ejemplo, GONZALEZ HUEBRA (*Tratado de quiebras*, Madrid, 1856, págs. 36-37), al ocuparse de los actos gratuitos afectados por la declaración de ineficacia por fraudulencia prevista en el art. 880 CCo, cita como ejemplo *las mejoras hechas por contrato con entrega de los bienes en que consistan*. Pero se pregunta: *"¿Mas si la mejora estuviese hecha en contrato oneroso con otro tercero, quedará también ineficaz?"*. Y concluye que sólo en el caso de que hubiese recibido del tercero con quien la contrató, otra cosa o cantidad igual a la que importaran los bienes de la mejora, sería cuando pudiera sostenerse y quedar exenta de la ineficacia, por no tener lugar entonces la presunción de fraude que lleva consigo cuando no hace más que desprenderse de los bienes que debia destinar para pago de sus acreedores."

¹¹² GARRIGUES; *Curso de Derecho mercantil*, II, 1980, pág. 433.

¹¹³ ROJO FERNANDEZ-RIO; *Introducción al sistema de reintegración de la masa de la quiebra*, R.D.M., nº 151, págs. 37-100, pág. 96.

¹¹⁴ SOTO VAZQUEZ; *Aspectos concursales del patrimonio del insolvente*, Comares, 1995, págs. 244 y 248.

c) Por último, se citan otros contratos que pueden quedar ineficaces si se prueba que el quebrado procedió con ánimo de defraudar (arts. 881-882)¹¹⁶. En éstos no nos detenemos porque no se refieren a supuestos de fraude objetivo¹¹⁷. A juicio de Garrigues, *los artículos 881 y 882 otorgan a los acreedores acciones paulianas típicas u ordinarias, cuya reglamentación en el C. de c. es superflua, desde el momento en que el C.c., con mayor sencillez, concede a los acreedores el derecho de impugnar los actos que el deudor haya realizado en fraude de su derecho (arts. 1.111 y el 1.291, núm. 3º)*¹¹⁸.

El anteproyecto de ley concursal de 1981 combina también el sistema de un periodo de retroacción y las acciones de reintegración¹¹⁹.

¹¹⁵ GARRIGUES (*Curso de Derecho mercantil*, II, 1980, pág. 432) indica que el fundamento de esta acción es el mismo que la pauliana, y de ahí que designen a estas acciones con el nombre de "paulianas específicas de la quiebra".

¹¹⁶ El art. 1.041 del CCo de 1829 recogía los dos supuestos que aparecen hoy en los números 1º y 3º de los cinco que contiene su artículo 881.

¹¹⁷ "Se presumen también iuris et de iure el perjuicio y la relación de causalidad, pero donde la presunción es menos intensa es en relación con el elemento subjetivo" (ROJO FERNANDEZ-RIO; *Introducción al sistema de reintegración de la masa de la quiebra*, R.D.M., nº 151, págs. 37-100, pág. 98). Se refiere en particular a los supuestos del art. 881 CCo. Señala Rojo que este artículo *ha sido escasamente utilizado* en la práctica y explica que *la prueba del ánimo defraudatorio del deudor no resulta sencilla. (...) Por eso estimamos que en el futuro derecho de quiebras deberá prescindirse por completo de la relevancia del elemento subjetivo de las revocatorias, que hoy ya se presenta como un mero residuo histórico a superar* (pág. 100).

¹¹⁸ GARRIGUES; *Curso de Derecho mercantil*, II, 1980, pág. 434.

¹¹⁹ El Anteproyecto propone el siguiente sistema de acciones de reintegración: "1ª Acción de nulidad de pleno derecho, respecto de los actos de disposición a título gratuito realizados por el deudor durante el periodo de retroacción, salvo los regalos y liberalidades de costumbre y las donaciones que tengan conocidamente el carácter de remuneratorias. El procedimiento es el del interdicto de recobrar la posesión. / 2ª Acción de nulidad de pleno derecho, respecto de las transmisiones patrimoniales realizadas en virtud de capitulaciones matrimoniales otorgadas durante el periodo de retroacción. El procedimiento es el interdicto de recobrar la posesión. / 3ª Acción de anulabilidad, respecto de los actos realizados por el deudor dentro del periodo de retroacción, en fraude de sus acreedores, estableciéndose hasta seis clases de actos con presunción de fraude, que admite prueba en contrario. Se excluyen de la presunción los actos corrientes del tráfico del propio deudor y los que resulten adecuados y normales para el desarrollo de una vida ordinaria de acuerdo con su situación social y económica. El procedimiento es el del juicio ordinario de menor cuantía. / 4ª Acción de anulabilidad, respecto de los actos de enajenación a título oneroso realizados dentro del

III.3. La propuesta de anteproyecto de ley concursal (1996)

En el Boletín de Información del Ministerio de Justicia e Interior (suplemento al nº 1768, de 15 de febrero de 1996), aparece publicada la propuesta de anteproyecto de ley concursal, redactada por el Profesor Doctor D. Angel Rojo Fernández-Río, Catedrático de Derecho Mercantil y Vocal permanente de la Comisión General de Codificación.

En la Exposición de Motivos se explica la intención del autor de la norma de simplificar los procedimientos concursales (E.M. 1-3). Se mantiene la expresión *Concurso de acreedores*, para aunar los procedimientos de concurso, quiebra, beneficio de quita y espera y, *en cierta medida*, la suspensión de pagos según la concibe la ley de 26 de julio de 1922. Se conserva la expresión de la *suspensión de pagos* para los procedimientos que tengan lugar mediante convenios, y para los que se prevé un *alto grado de desjudicialización*.

La propuesta rompe así con la dualidad de trato de deudores civiles y mercantiles. En la Disposición Derogatoria del texto se dispone la supresión de los artículos 1.913 a 1.929 del Código civil (es decir, los relativos al concurso de acreedores); así como de los artículos 870 a 941 del Código de comercio (relativos a la suspensión de pagos y a la quiebra), entre otros.

Por lo demás, nos referiremos aquí tan sólo a los medios que tiene previstos para la reintegración del patrimonio deudor. El Capítulo III del Título IV de la propuesta de anteproyecto trata "*De la reintegración de la masa activa*". En él se dispone con carácter general la existencia de una *obligación de reintegración* (art. 90), que se articula por medio de acciones revocatorias para cuyo ejercicio están legitimados los síndicos. Y en cuanto a la revocación, se refiere a los actos gratuitos -de un lado- y a los actos perjudiciales, de otro. El plazo para el ejercicio de estas acciones revocatorias es de dos años (art. 94).

periodo de retroacción, cuando la contraprestación a favor del concurso resulte inferior en más de una tercera parte al valor real de mercado de los bienes o derechos transmitidos, salvo que se pruebe la ausencia de efectivo perjuicio para los acreedores. El procedimiento es el del juicio ordinario de menor cuantía, y / 5ª Acciones previstas en la legislación civil, para la declaración de ineficacia de los actos realizados por el deudor en fraude de acreedores, con anterioridad al periodo de retroacción. El procedimiento es el que corresponda en cada caso." (VACAS MEDINA, L.; La reforma de nuestro Derecho concursal, R.G.D., octubre-noviembre de 1983, publicado en los Estudios de Derecho concursal, de J.Mª Sagra Tizón, LB, 1989, págs. 371-420, págs. 411-412).

En la propuesta se observa lo siguiente: 1º que se da un tratamiento objetivo del fraude tan sólo para los actos gratuitos¹²⁰; 2º que la retroacción absoluta de la quiebra se sustituye por una retroacción de sus efectos relativa sólo a los actos perjudiciales realizados por el deudor en el año anterior a la declaración de concurso¹²¹; 3º que para revocar los actos perjudiciales realizados antes de esa fecha se requiere la prueba de un elemento subjetivo: el conocimiento que tuvo el tercero del estado de insolvencia o del cese en los pagos del deudor. Se presume este elemento subjetivo en determinados actos que ofrecen algún tipo de ventaja o beneficio para un tercero, o si se trata de una persona especialmente relacionada con el deudor¹²².

¹²⁰ Se declaran revocables *los actos de disposición a título gratuito realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso, salvo los regalos y liberalidades de costumbre y las donaciones que tengan manifiestamente carácter remuneratorio* (art. 91).

¹²¹ En cuanto a los *actos perjudiciales*, el artículo 92 declara revocables *aquellos actos y omisiones realizados por el deudor dentro del año anterior a la declaración de concurso que perjudiquen a los acreedores, aunque la otra parte no conociese que el deudor se encontraba en estado de insolvencia*.

¹²² Si la otra parte tuvo conocimiento del estado de insolvencia del deudor al tiempo del acto o de la omisión, o, al menos, *que había dejado de satisfacer obligaciones significativas*, pueden revocarse los actos realizados antes de ese periodo. Ese conocimiento se presume cuando la otra parte fuese *persona especialmente relacionada con el deudor*. También se presume cuando se trate de determinados actos (pagos anticipados; extinción de obligaciones mediante una prestación distinta a la acordada; constitución de garantías en favor de obligaciones preexistentes no vencidas; reconocimiento de deudas; y *la aceptación por el deudor de cualquier clase de requerimiento resolutorio de contratos*; básicamente).

3ª LA REGULACION DEL FRAUDE DE ACREEDORES EN OTROS PAISES DE NUESTRO ENTORNO (ITALIA, FRANCIA, SUIZA, ALEMANIA, GRAN BRETAÑA)

EL SISTEMA ITALIANO

- I. Aspectos generales**
- II. Principios generales y revocatoria ordinaria**
 - II.1. Presupuestos para el ejercicio de la acción revocatoria**
 - II.2. Actos sujetos a la acción revocatoria**
- III. Revocatoria de la quiebra (*revocatoria fallimentare*)**
 - III.1. Actos a título gratuito**
 - III.2. Actos celebrados a título oneroso**
 - III.3. Pagos**
 - III.4. Constitución de garantías**
 - III.5. Transmisiones de bienes entre cónyuges**

I. ASPECTOS GENERALES

Como el nuestro, el sistema jurídico italiano dispone de una acción impugnatoria de los actos realizados en fraude de acreedores heredada del derecho romano. Se trata de la *revocatoria ordinaria*, que se encuentra regulada en los artículos 2.901 a 2.904 del *Codice civile*.

Junto a esta acción *revocatoria ordinaria*, existe también otra acción especial para el procedimiento de la quiebra que tiene sus precedentes en el Derecho Estatutario. Por esta razón, el último artículo dedicado a la regulación de la revocatoria ordinaria (art. 2904, *Codice civile*) indica que *quedan a salvo las disposiciones sobre la acción revocatoria en materia de quiebra y penal*. Este procedimiento especial se regula en la *legge fallimentare* de 16 marzo 1942 (n. 267). En ella, se dota al acreedor o acreedores del deudor mercantil insolvente de una acción revocatoria (*revocatoria fallimentare*) para que puedan impugnar aquellos actos por los que éste enajenó fraudulentamente sus bienes (artículos 67 y siguientes de la *legge fallimentare*). Como veremos, para facilitar el ejercicio de la acción, la ley ha previsto una serie de presunciones de fraude.

Las dos acciones, *revocatoria ordinaria* y *revocatoria fallimentare* tienen una misma finalidad: la impugnación de los actos fraudulentos con vistas a la reintegración en el patrimonio deudor de los bienes enajenados en estado de insolvencia, a fin de hacer posible

el cobro de los créditos. Es discutido en la doctrina italiana si la naturaleza jurídica de ambas acciones es común¹.

II. PRINCIPIOS GENERALES Y REVOCATORIA ORDINARIA

Siguiendo la estructura del Código civil italiano, la revocatoria ordinaria se localiza entre los medios de conservación de la garantía patrimonial. El régimen jurídico de la acción se contiene en el Libro VI (dedicado a la tutela de los derechos), Título III ("*De la responsabilidad patrimonial, de la causa de la prelación y de la conservación de la garantía patrimonial*"; en la sección II del Capítulo V referido a "*los medios de conservación de la garantía patrimonial*"). La función que cumple la acción revocatoria en el ordenamiento italiano es de tutela conservativa del derecho de crédito². Junto a ella, la doctrina ha atribuido a la revocatoria ordinaria paulatinamente otra función que podríamos denominar sancionadora del acto ilícito, que cobra sentido en aquellos supuestos en que el acto fraudulento se realizó con vistas a la lesión de un derecho de crédito posterior³.

¹ Parte de la doctrina (Nicolò) y la jurisprudencia (C 80/3983) defiende la común naturaleza de las dos acciones revocatorias, frente a la opinión de otro sector doctrinal también importante (Maffei A.; Satta; Azzolina; D'Alessandro) (*Commentario breve al Codice civile*, a cura di G. CIAN e A. TRABUCCHI, Cedam, 1992, comentario al art. 2904). Se advierte, en todo caso, que en la *revocatoria fallimentare* la eficacia no es relativa sólo al acreedor impugnante, sino que beneficia a todos los acreedores del quebrado.

² *Commentario breve al Codice civile*, a cura di G. CIAN e A. TRABUCCHI, Cedam, 1992, art. 2.901.

³ En este sentido, por ejemplo, ROSELLI (*I mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale*, Utet, 1990, capítulo II, "L'azione revocatoria", pág. 230) afirma que cuando se impugna el acto del deudor en virtud de un derecho de crédito nacido después de la realización del acto, la acción revocatoria no es ya un remedio querido para conservar la garantía patrimonial en función de la confianza del acreedor en el momento en que surge la obligación, sino que mejor se caracteriza como *instrumento de reacción concedido por el ordenamiento frente a un acto ilícito* realizado por el futuro deudor, que busca preparar la situación de insolvencia o -al menos- de difícil actuación de la garantía patrimonial, con vistas al nacimiento de la obligación, intencionalmente destinada a no ser satisfecha.

En cuanto a los efectos de la acción revocatoria⁴, la doctrina italiana señala que el acto se declara ineficaz frente al acreedor defraudado⁵. En su caso, la segunda enajenación es revocable sólo cuando lo sea también el primer acto traslativo (art. 2.901-II *Codice civile*)⁶. A diferencia de nuestra acción revocatoria, que tiene un plazo de cuatro años, la revocatoria ordinaria italiana caduca a los cinco años contados desde la fecha del acto (art. 2.903 *Codice Civile*).

II.1. Presupuestos para el ejercicio de la acción revocatoria

La huella de los rasgos romanos de la acción pauliana, y del desarrollo doctrinal que glosadores y comentaristas boloñeses hicieron de ella ha quedado grabada en la actual revocatoria ordinaria. Esto se manifiesta principalmente en los presupuestos para el ejercicio de la acción revocatoria. Son los siguientes⁷:

1º la existencia de un derecho de crédito⁸;

2º que, como consecuencia de un acto de disposición del deudor se haya provocado un perjuicio al acreedor por la merma de la garantía patrimonial que asiste al

⁴ Los efectos de la acción revocatoria vienen descritos en el artículo 2.902 *Codice civile*. Según este precepto, *el acreedor, obtenida la declaración de ineficacia, puede promover frente al tercero adquirente la acción ejecutiva o conservativa sobre los bienes objeto del acto impugnado. El tercero contratante, no puede recavar los bienes objeto de la revocación hasta que haya sido satisfecho el crédito del acreedor.*

⁵ Se habla por la doctrina de ineficacia relativa -como en nuestro país- porque se refiere sólo al acreedor que ha ejercitado la acción revocatoria, y de ineficacia parcial porque la adquisición del tercero es válida en la medida en que no cause lesión al derecho de crédito (*Commentario breve al Codice civile*, a cura di G. CIAN e A. TRABUCCHI, Cedam, 1992, art. 2.901).

⁶ *Commentario breve al Codice civile*, a cura di G. CIAN e A. TRABUCCHI, Cedam, 1992, comentario al artículo 2.901.

⁷ *Commentario breve al Codice civile*, a cura di G. CIAN e A. TRABUCCHI, Cedam, 1992, comentario al artículo 2.901.

⁸ El artículo 2.901 del *Codice civile*, a diferencia del nuestro, declara de modo explícito que también está legitimado para el ejercicio de la acción el acreedor *cuyo crédito esté sujeto a condición o a término.*

crédito (*eventus damni*)⁹. Se trata de un presupuesto de carácter general, que admite una excepción en el supuesto de impugnación del acto por el acreedor posterior al mismo. En este caso, como veíamos antes, la acción revocatoria no cumple una función conservativa de la garantía patrimonial sino de protección frente a un acto ilícito;

3º en todo caso, cierta farsa subjetiva del deudor¹⁰ y, en el caso de actos a título oneroso¹¹, también del tercero adquirente (*consilium fraudis* y *scientia fraudis*)¹². A estos efectos, el segundo párrafo del artículo 2.901 del *Codice Civile* declara que las prestaciones de garantía, también por deudas ajenas, son consideradas actos a título oneroso, cuando nacen a la vez que el crédito garantido¹³.

⁹ Se afirma que debe tenerse en cuenta no sólo el daño efectivo, sino también el simple peligro de daño, esto es, la simple inseguridad acerca del cobro del crédito (*Commentario breve al Codice civile*, a cura di G. CIAN e A. TRABUCCHI, Cedam, 1992, artículo 2.901).

¹⁰ ROSELLI, F.; *I mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale*, Utet, 1990, págs. 220 y ss.

¹¹ F. ROSELLI, en *"I mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale"* (Utet, 1990, págs. 233 y siguientes), realiza un análisis detallado de numerosos actos cuya difícil clasificación como gratuitos u onerosos los convierte en conflictivos a efectos de determinar si el ejercicio de la revocatoria exige o no prueba de la *scientia fraudis* del tercero. El autor niega que la gratuidad u onerosidad se apoye necesariamente sobre la causa del negocio (págs. 231-232).

¹² Por lo que se refiere al deudor, el artículo 2.901-I-1º del *Codice Civile* distingue entre dos situaciones: cuando el acto que se impugna es anterior al nacimiento del crédito, es necesario que se pruebe que actuó con dolosa preordenación al perjuicio (*animus nocendi*); pero si el acto es posterior al nacimiento del crédito, será suficiente la prueba de que obró con conocimiento del daño. En cuanto al tercero, sólo es relevante la prueba del elemento subjetivo del fraude cuando se trate de actos a título oneroso. En este caso, es suficiente que fuera consciente de la intención fraudulenta del deudor y, no obstante, se aprovechara de este acto (*Commentario breve al Codice civile*, a cura di G. CIAN e A. TRABUCCHI, Cedam, 1992, artículo 2.901).

Sobre la irrelevancia del estado subjetivo del tercero cuando se trata de actos a título gratuito, puede verse *"I mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale"* (Utet, 1990, págs. 230-231), de ROSELLI.

¹³ La cuestión de la onerosidad o gratuidad de los actos de constitución de garantía queda así parcialmente resuelta. Se trata de una modificación introducida por el Código de 1942. Hay jurisprudencia y doctrina favorable a la aplicación de esta presunción en sede de quiebra. Mas resta todavía el problema de la garantía nacida con posterioridad al crédito. En este caso, se ha estimado el carácter gratuito del acto sólo si no se ha derivado ninguna ventaja para quien constituye la garantía. (ROSELLI; *I mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale*,

El concepto objetivo del fraude parece ausente en sede de revocatoria ordinaria. En efecto, de un lado se exige siempre la prueba del ánimo fraudulento del deudor y, de otro, no existen en el *Codice civile* presunciones de fraude. No ocurre así, como veremos, con la revocatoria de la quiebra (*revocatoria fallimentare*). La diferencia entre una y otra puede atribuirse al distinto origen histórico de cada acción. Como vimos, el Derecho estatutario (del que procede la *revocatoria fallimentare*) fue siempre más proclive a la objetivación del fraude que el Derecho romano glosado y comentado en la Escuela de Bolonia (del que procede la revocatoria ordinaria).

II.2. Actos sujetos a la acción revocatoria

Con carácter general, está sujeto a la acción revocatoria cualquier acto de disposición¹⁴ realizado por el deudor (art. 2.901 *Codice civile*). No está sujeto a revocación el cumplimiento de una deuda vencida, según declara de modo explícito el artículo 2.901-III del *Codice civile*. Pero esta excepción no alcanza a aquellos actos extintivos de la obligación distintos del pago (por ejemplo, a la *datio in solutum*, ni a la *cessio solvendi causa*, ni a los actos de novación o a la compensación convencional,...). Por el contrario, todos estos actos son revocables según la doctrina y la jurisprudencia italiana¹⁵.

Uet, 1990, pág. 243 y siguientes).

¹⁴ La revocatoria se admite sólo para los actos *inter vivos* con contenido patrimonial. De entre ellos, hay que exceptuar, como es lógico, los que tienen por objeto bienes inembargables, porque no inciden en la consistencia del patrimonio. En cuanto a los derechos inherentes a la persona del deudor, pueden ser declarados ineficaces frente al acreedor los actos que constituyan ejercicio del derecho mismo (*Commentario breve al Codice civile*, a cura di G. CIAN e A. TRABUCCHI, Cedam, 1992, artículo 2.901).

¹⁵ *Commentario breve al Codice civile*, a cura di G. CIAN e A. TRABUCCHI, Cedam, 1992, artículo 2.901. Se cita en este sentido la sentencia de la Corte de Casación (C 90/12123).

III. REVOCATORIA DE LA QUIEBRA (*REVOCATORIA FALLIMENTARE*)

La quiebra se concibe en el ordenamiento italiano como un procedimiento concursal liquidatorio estructurado sobre la *par condicio creditorum*. En el procedimiento liquidatorio, la *par condicio creditorum* viene reforzada por la acción revocatoria¹⁶. La acción *revocatoria fallimentare* está regulada en los artículos 64 y siguientes de la ley de 16 marzo 1942, n. 267 (*legge fallimentare*). A diferencia de la revocatoria ordinaria, la revocatoria de la quiebra opera a través de una serie de presunciones legales. Éstas son de distinto carácter (*iuris tantum* o *iuris et de iure*) y tienen distintos objetos (unas veces se presume el ánimo fraudulento del quebrado; otras el daño; o el conocimiento del fraude por parte del tercero).

Al tratar en el Capítulo III del Título II de la *legge fallimentare* de los efectos de la quiebra, el legislador ha separado por secciones la referencia a los efectos sobre el quebrado (sección I), los efectos sobre los acreedores (sección II) y, en las dos últimas secciones, lo que se refieren a los efectos de la quiebra *sobre los actos perjudiciales para los acreedores* (sección III) y sobre las relaciones jurídicas preexistentes (sección IV). La sección III contiene la regulación de la *revocatoria fallimentare*.

El curador está legitimado, en virtud del artículo 66 de la *legge fallimentare*, para demandar la declaración de ineficacia de los actos realizados por el deudor en perjuicio de los acreedores según la norma del Código civil italiano (art. 2.901). Es decir, es posible acudir a la revocatoria ordinaria en el procedimiento de quiebra.

Como vamos a ver, la revocatoria de la quiebra no tiene en cuenta que del acto impugnado se haya derivado la insolvencia del fallido, sino que se haya realizado dentro de un periodo previo a la declaración de quiebra, que varía según la naturaleza del acto impugnado.

¹⁶ En este sentido, se ha dicho que la acción revocatoria cumple dos funciones: es medio para reconstruir el patrimonio del deudor eventualmente descompuesto por actos lesivos de los intereses de los acreedores (función inmediata); y es la *válvula de seguridad* del sistema de la *par condicio creditorum* (PESUCCI; "*Par condicio creditorum*", *revocatoria fallimentare e garanzie prestate dal fallito*, *Rivista del Diritto Commerciale*, 1989, pág. 22).

III.1. Actos a título gratuito

Los actos realizados a título gratuito por el quebrado en el bienio anterior a la declaración de quiebra son ineficaces frente a los acreedores que no puedan de otro modo cobrar sus créditos (art. 64 de la *legge fallimentare*). El legislador ha preferido, con carácter general, el interés de los acreedores del quebrado que el de quien se benefició por la gratuidad del acto¹⁷. Esta declaración se considera como una presunción *iuris et de iure* de la intención de defraudar del quebrado¹⁸. La ley exime de esta declaración de ineficacia a los regalos de uso, y a los actos realizados en cumplimiento de un deber moral, o con el fin de utilidad pública, en cuanto la liberalidad sea proporcionada al patrimonio del donante (art. 64 de la *legge fallimentare*).

III.2. Actos celebrados a título oneroso

El artículo 67-I-1º de la *legge fallimentare* recoge una presunción *iuris tantum* de fraude para los actos onerosos celebrados por el deudor en los dos años anteriores a la declaración de quiebra, cuando las prestaciones acordadas o las obligaciones asumidas por el fallido sobrepasen notablemente aquello que a él le es dado o prometido.

Por otra parte, en el penúltimo párrafo del artículo 67 de la *legge fallimentare* se declaran revocables los contratos onerosos realizados por el quebrado en el año anterior a la declaración de quiebra, *si el curador prueba que la otra parte conocía el estado de insolvencia del deudor*. Tiene de particular esta norma, con respecto al régimen de la revocatoria ordinaria, que no se exige exactamente la prueba de que el tercero conociese la intención fraudulenta del deudor sino tan sólo que conociese la insolvencia, siempre que el acto oneroso se realice dentro del año que precede a la declaración de quiebra.

¹⁷ *Codice del fallimento*, a cura di P. PAJARDI, Giuffrè Editore, 1991, comentario al artículo 64 de la *legge fallimentare*.

¹⁸ En este sentido, el comentario al artículo 2.904 del *Commentario breve al Codice civile* (Cedam, 1992) de CIAN / TRABUCCHI.

III.3. Pagos

Frente a los acreedores del fallido, se declaran ineficaces los pagos por cuenta de deudas no vencidas antes del día de la declaración de la quiebra, si se realizaron dentro de los dos años anteriores a ese día (art. 65 de la *legge fallimentare*).

En cuanto a los pagos de deudas vencidas y exigibles son también revocables - no así con la revocatoria ordinaria, como vimos- cuando el curador pruebe que la otra parte conocía el estado de insolvencia del deudor y se realizaron en el año precedente a la declaración de quiebra (art. 67-II de la *legge fallimentare*¹⁹). Si estos pagos no han sido efectuados con dinero o con otros medios normales de pago, se presumen fraudulentos *iuris tantum* (son revocables, según el art. 67-I-2º de la *legge fallimentare*, salvo que la otra parte pruebe que no conocía la insolvencia del deudor).

III.4. Constitución de garantías²⁰

La *legge fallimentare* proporciona al curador una presunción *iuris tantum* de fraude que facilita la revocación de los actos de constitución de garantía celebrados en la siguientes circunstancias: a) la prenda, la anticresis y la hipoteca voluntaria constituidas en los dos años anteriores a la declaración de quiebra en virtud de deudas preexistentes no vencidas (art. 67 I 3º de la *legge fallimentare*); b) la prenda, la anticresis y la hipoteca judicial o voluntaria constituidas en el año anterior a la declaración de quiebra por deudas vencidas (art. 67 I 4º de la *legge fallimentare*).

Además, si el curador prueba que la otra parte conocía el estado de insolvencia del deudor, son también revocables los actos de constitución de un derecho de prelación para

¹⁹ El pago de una cambial vencida sigue, a estos efectos, un régimen peculiar, descrito en el art. 68 de la *legge fallimentare*.

²⁰ Sobre la impugnación de actos de constitución de garantía, real o personal, por medio de la acción revocatoria, puede verse el artículo de PESUCCI, "*Par condicio creditorum*", *revocatoria fallimentare e garanzie prestate dal fallito*, en *Rivista del Diritto Commerciale*, 1989.

el cobro simultáneos al nacimiento del crédito, dentro del año anterior a la declaración de quiebra (art. 67-II de la *legge fallimentare*)²¹.

III.5. Transmisiones de bienes entre cónyuges

Las transmisiones de bienes tienen también un régimen de impugnación especial cuando el adquirente es el cónyuge del deudor, previsto en los arts. 69 y 70 de la *legge fallimentare*.

²¹ Las disposiciones de este artículo no se aplican a las entidades de crédito (art. 67 último párrafo de la *legge fallimentare*).

EL SISTEMA FRANCÉS

- I. Aspectos generales
- II. La acción pauliana en el *Code civil*
 - II.1. Presupuestos para el ejercicio de la acción pauliana
 - II.2. Actos impugnables por el ejercicio de la acción pauliana
 - II.3. Efectos de la acción pauliana
- III. La acción de nulidad en el procedimiento de quiebra
 - III.1. Actos objetivamente fraudulentos
 - III.2. Actos nulos si el tercero tuvo conocimiento de la cesación de pagos en el momento en que se hicieron

I. ASPECTOS GENERALES

En torno a la recepción de la acción pauliana, explica Gaudemet lo siguiente:

"En el antiguo derecho (...) su utilidad práctica era escasa, pues todos los acreedores con título ejecutivo tenían una hipoteca general que les daba un derecho de persecución. Por lo tanto, cuando el acto consistía en una enajenación fraudulenta, que era el caso más frecuente, resultaba innecesario demandar la revocación. Esto explica que POTHIER no exponga en ningún sitio la teoría general de la acción pauliana.

"Con el Código civil, esta acción volvió a tener gran importancia, por la desaparición de la hipoteca general ligada a los actos notariales. No encontrándose empero construcción alguna de ella en POTHIER, sus redactores se limitaron a plantear el principio. De ahí que, para edificar esa teoría, sea necesario remontarse a las fuentes romanas, caso curioso de conservación de una institución que data de hace veinte siglos."

Esto explica en cierto modo que el legislador francés empleara un sólo precepto para regular el tratamiento del fraude de acreedores a efectos civiles. El artículo 1.167 del *Code civil* recoge escuetamente el enunciado de la acción pauliana. Referido a los acreedores, se lee: *"Ils peuvent aussi, en leur nom personnel, attaquer les actes faits par leur débiteur en fraude de leurs droits"*. A este párrafo inicial se añade en 1965 un segundo que remite a las normas reguladoras de la sucesión y del régimen económico matrimonial la defensa de los derechos de crédito que puedan verse lesionados por los actos celebrados en tales ámbitos². Paralela a la acción pauliana, existe en la regulación mercantil de la

¹ GAUDEMET, E.; *Teoría general de las obligaciones*, traducción de P. Macedo, Ed. Porrúa, México, 1974, págs. 431-432 (el original está publicado en París, Sirey, 1937).

² Art. 1.167-II del *Code civil*: *"Ils doivent néanmoins, quant à leurs droits énoncés au titre Des successions et au titre Du contrat de mariage et des régimes matrimoniaux, se conformer aux règles qui y sont prescrites"*.

insolvencia una gama de acciones de nulidad de determinados actos realizados por el deudor dentro del denominado *periodo sospechoso*³.

II. LA ACCION PAULIANA EN EL CODE CIVIL

Como acabamos de señalar, el Código civil francés dedica un sólo precepto, el art. 1.167, a la regulación de la acción revocatoria por fraude. No aparecen en el *Code civil* presunciones de fraude específicas. Es lógico, como consecuencia de la escueta regulación de la acción revocatoria por fraude, que -como se ha dicho (Ghestin⁴, Deveze y Saint-Alary-Houin⁵)- el desarrollo del régimen jurídico del tratamiento del fraude de acreedores sea tarea esencialmente de la jurisprudencia.

Ghestin habla de una evolución jurisprudencial que tiende a ampliar el campo de acción de la acción pauliana, y a hacer de ella una acción sancionadora de todos los actos realizados por el deudor en violación de los derechos de los acreedores⁶. El giro dado en este sentido por la jurisprudencia ya había sido puesto de manifiesto en 1948 por Sinay⁷, que delataba que la acción pauliana se estaba convirtiendo de hecho en un medio de sancionar la inejecución de una obligación, al desligarse el perjuicio de la insolvencia en determinados casos.

³ Se trata de los artículos 107-110 de la ley n° 85-98 de 25 enero 1985 *relative au redressement et à la liquidation judiciaires des entreprises*.

⁴ GHESTIN; *La fraude paulienne* (1978), Mélanges G. Marty, págs. 569-585, pág. 569: "A partir du texte, très succinct, de l'article 1167 du Code civil, la jurisprudence a dû réaliser les adaptations nécessaires".

⁵ DEVEZE y SAINT-ALARY-HOUIN, en *Juris Classeur* (5, 1988, civ., fasc. 39, 3), al referirse a la escasa regulación legal de la acción pauliana, añaden: "*De nos jours, sans négliger la tradition, on constate que la source essentielle de la matière est jurisprudentielle*".

⁶ GHESTIN; *La fraude paulienne* (1978), Mélanges G. Marty, pág. 569.

⁷ SINAY, H.; *Action paulienne et responsabilité délictuelle a la lumière de la jurisprudence récente*, *Rev. trim. dr. civ.*, 1948, págs. 183 y siguientes.

Sinay defiende la posibilidad de una teoría delictual de la acción pauliana⁸. Para construir esta teoría encuentra un obstáculo en la revocación de los actos celebrados a título gratuito, para los que la jurisprudencia ha objetivado el fraude al aprobar su revocación cuando existe con motivo de ellos un perjuicio, con independencia del ánimo fraudulento o no de deudor y tercero. Sinay salva el problema afirmando que en este caso, la revocación se justifica por el riesgo creado por el acto, asumido por el adquirente a título gratuito y por el que, en consecuencia, debe responder⁹, aproximando así la acción a la responsabilidad civil extracontractual. La idea ha sido confirmada posteriormente (Ghestin¹⁰, Loussouarn¹¹).

Algunos de los aspectos de la acción pauliana que explica la doctrina francesa son los siguientes:

II.1. Presupuestos para el ejercicio de la acción pauliana

A fin de permitir que opere el principio según el cual el deudor puede disponer y administrar libremente su patrimonio¹² y de garantizar la seguridad del tráfico jurídico y

⁸ "L'effet révocatoire de l'action paulienne -qui se ramène en définitive plus à une inopposabilité qu'à une véritable nullité- n'est donc nullement incompatible avec une théorie délictuelle de l'action paulienne" (SINAY; *Action paulienne et responsabilité délictuelle à la lumière de la jurisprudence récente*, Rev. trim. dr. civ., 1948, pág. 185).

⁹ "En définitive, l'action paulienne nous paraît, toujours, être une action délictuelle, fondée soit sur la faute, soit sur le risque. Dans le premier cas, l'accent est mis sur "l'acte juridique" frauduleux à l'occasion duquel est intervenue la faute du tiers acquéreur à titre onéreux; dans le deuxième, l'accent se porte sur "la chose" qui a fait l'objet du transfert d'un patrimoine à l'autre. La présence de cette chose dans le patrimoine du tiers acquéreur à titre gratuit, qui en tire profit, crée le dommage: ce tiers acquéreur en doit réparation." (SINAY; *Action paulienne et responsabilité délictuelle à la lumière de la jurisprudence récente*, Rev. trim. dr. civ., 1948, pág. 192).

¹⁰ GHESTIN; *La fraude paulienne* (1978), en Mélanges G. Marty, págs. 570 y 574-575.

¹¹ LOUSSOUARN; *Jurisprudence française en matière de Droit civil. Action paulienne. Notion de fraude.*, Riv. trim. dr. civ., 1974, pág. 806.

¹² "L'exercice de l'action paulienne est limité par l'exigence des conditions strictes, nécessaires pour éviter que les créanciers ne s'immiscent sans un motif très sérieux dans les affaires de leur débiteur." (MAZEAUD y MAZEAUD / CHABAS; *Leçons de Droit civil (obligations)*, II-1, 8ª ed., Montchrestien, 1991, pág. 1074, § 987).

la protección a los terceros, el ejercicio de la acción pauliana exige que se reúnan los siguientes presupuestos (Mazeaud y Mazeaud/Chabas¹³, Marty/Raynaud/Jestaz¹⁴): 1º Que exista un derecho de crédito; 2º Que el derecho de crédito haya sufrido un perjuicio como consecuencia de la realización del acto atacado.

El crédito debe ser cierto, líquido, exigible¹⁵ y anterior¹⁶ al acto atacado. En cuanto al perjuicio causado al derecho de crédito, el ejercicio de la acción precisa que el deudor carezca de bienes con los que hacer frente al pago de sus deudas¹⁷.

II.2. Actos impugnables por el ejercicio de la acción pauliana

Como hemos visto, no existen en el *Code civil* presunciones de fraude que faciliten el ejercicio de la acción. Sin embargo, la jurisprudencia ha diseñado un régimen

¹³ MAZEAUD y MAZEAUD / CHABAS; *Leçons de Droit civil* (obligations), II-1, 8ª ed., Montchrestien, 1991, pág. 1074, §§ 988-989.

¹⁴ MARTY, RAYNAUD y JESTAZ; *Droit civil. Les obligations*, II, 2ª ed., Sirey, 1989, págs. 153 y siguientes.

¹⁵ Esto es lo que enseña la doctrina clásica. Sin embargo, la cuestión no es del todo clara: la doctrina actual discute que sea necesario señalar que el crédito debe ser exigible para que el acreedor pueda ejercitar la acción, ya que la insolvencia del deudor provoca el vencimiento de los créditos; y, de otro lado, parece que la jurisprudencia ha abandonado la exigencia de la liquidez del crédito (MARTY, RAYNAUD y JESTAZ; *Droit civil. Les obligations*, II, 2ª ed., Sirey, 1989, 169, pág. 154).

MESTRE (Rev. trim. dr. civ., 1984, *Jurisprudence française en matière de Droit civil. Les conditions d'exercice de l'action paulienne*, pág. 719-720) cita la sentencia 17 enero 1984 de la *première Chambre civile*, que indica "qu'il n'est pas nécessaire, pour que l'action paulienne puisse être exercée, que la créance dont (il) se prévaut ait été certaine ni exigible au moment de l'acte argué de fraude; il suffit que le principe de la créance ait existé avant la conclusion dudit acte par le débiteur".

¹⁶ Esta regla, unánimemente aceptada por la doctrina, admite una excepción implantada por la jurisprudencia: puede impugnarse un acto anterior al nacimiento del crédito cuando el acto se celebró en fraude del interés de un acreedor o de los acreedores futuros. En este sentido, MARTY, RAYNAUD y JESTAZ (*Droit civil. Les obligations*, II, 2ª ed., Sirey, 1989, 170, pág. 154); GHESTIN (*La fraude paulienne* (1978), Mélanges G. Marty, págs. 577 y 585. Lo señala como uno de los supuestos en que se exige de modo especial la prueba de la voluntad del deudor de defraudar a sus acreedores).

¹⁷ En este sentido, AUBRY et RAU (*Cours de Droit Civil Français*, IV, d'après la Méthode de Zachariae, 5ª ed., 1897, pág. 219).

distinto para el tratamiento de los actos jurídicos impugnados, según sean actos celebrados a título oneroso o a título gratuito, que evoca quizás al sistema italiano. Tanto la impugnación de actos gratuitos como la de los actos onerosos, exige según parece la prueba del elemento subjetivo del fraude¹⁸. Sin embargo son tratados de distinto modo ya que si el acto impugnado se realizó a título oneroso, su revocación exige que el acreedor pruebe que el deudor obró con voluntad de defraudar y en colaboración con el tercero; mientras que si se trata de un acto gratuito es suficiente la prueba de que el deudor tuvo conocimiento del daño (Ghestin¹⁹, Deveze/Saint-Alary-Houin²⁰, Chabas²¹). La doctrina señala la dificultad de determinación del tratamiento del fraude cuando estamos ante actos que no son fácilmente calificables como gratuitos ni como onerosos²².

El ámbito de la acción pauliana se limita a los actos jurídicos²³. En cuanto a las omisiones del deudor que suponen una disminución patrimonial (por ejemplo, porque

¹⁸ "La condition de fraude est requise aussi bien pour les actes à titre gratuit que pour les actes à titre onéreux." (LOUSSOUARN, Y.; Jurisprudence française en matière de Droit civil. Action paulienne. Notion de fraude., Rev. trim. dr. civ., 1974, pág. 805).

¹⁹ GHESTIN; *La fraude paulienne* (1978), en Mélanges G. Marty, pág. 573.

²⁰ J. DEVEZE y C. SAINT-ALARY-HOUIN; Comentario al art. 1.167 del Código civil en *Juris Classeur* (5, 1988, civil, fasc. 39, 12).

²¹ CHABAS (Rev. trim. dr. civ., 1980, págs. 766-767) indica que el fraude pauliano en materia de donación no implica la intención de dañar. El mismo autor señala que a la jurisprudencia parece haberle convencido la postura mantenida por parte de la doctrina (Mazeaud) que sugiere oponer el tratamiento dado a los actos por los que se enajena un bien sin compensación suficiente -para cuya impugnación bastaría la prueba del conocimiento de la insolvencia provocada o incrementada por el acto- al tratamiento que recibirían los actos por los que se reemplaza un bien fácilmente embargable por otro del mismo valor pero cuya evasión del alcance de los acreedores es factible, en cuyo caso se exigiría la prueba de la intención del deudor de dañar a sus acreedores.

²² Así, por ejemplo, GHESTIN (*La fraude paulienne* (1978), en Mélanges dédiés à G. Marty, pág. 575): "Compte tenu, en tous cas, du régime particulier des actes à titre gratuit, il est nécessaire de qualifier l'acte. Le fondement de la distinction aurait pu conduire à une conception large du titre gratuit. En particulier un déséquilibre important entre la valeur du bien aliéné et la contrepartie payée par le tiers aurait pu justifier cette qualification, la perte du tiers étant alors beaucoup plus faible que le préjudice subi par le créancier. En fait la jurisprudence admet au contraire une conception étroite".

²³ MAZEAUD y MAZEAUD / CHABAS; *Leçons de Droit civil*, II-1, 8ª ed., 1991, n. 982, pág. 1070.

prescribe la acción para exigir el cobro de un crédito; o porque adquiere un tercero por usucapión,...), se acoge la solución del Derecho romano según la cual la omisión es impugnabile por la acción pauliana, y se estima que la omisión encierra un acto de la voluntad y, por tanto, un acto jurídico²⁴.

En relación con los pagos, se distingue entre el pago de una obligación civil y el de una obligación natural. Este último estaría sometido al régimen de los actos gratuitos²⁵. Pero es discutido si el pago de la obligación civil es impugnabile por la acción pauliana. La doctrina suele excluir los pagos de deudas vencidas y exigibles del alcance de la acción (Mazeaud y Mazeaud/Chabas²⁶, Deveze/Saint-Alary-Houin²⁷). En este sentido, se argumenta que el acreedor que cobra lo hace siempre en interés propio, y no con el objeto de dañar a los otros acreedores²⁸, y que se trata de un acto necesario²⁹ u obligatorio para el deudor. Ghestin, sin embargo, matiza esta observación al señalar que en todo caso, el pago de uno de los acreedores hecho en estado de insolvencia, supone para los demás un daño si la disminución de activo patrimonial imposibilita que cobren la totalidad de su crédito. Se admite, por tanto, la impugnación de los pagos, pero deberá probarse que fueron hechos y aceptados con intención de dañar a los restantes acreedores³⁰.

²⁴ MAZEAUD y MAZEAUD / CHABAS; *Leçons de Droit civil*, II-1, 8ª ed., 1991, n. 982, págs. 1070-1071.

²⁵ GHESTIN; *La fraude paulienne*, en *Mélanges à G. Marty*, pág. 575 y 578.

²⁶ "Qui paie ses dettes s'enrichit", s'il faut en croire le proverbe. Les créanciers impayés sont d'un autre avis, qui voient leur débiteur désintéresser l'un d'entre eux à leur détriment. Pourtant, le paiement échappe traditionnellement à l'action paulienne" (MAZEAUD y MAZEAUD / CHABAS; *Leçons de Droit civil*, II-1, 1991, pág. 1072, n. 985).

²⁷ DEVEZE y SAINT-ALARY-HOUIN, en *Juris Classeur* (5, 1988, civ., fasc. 39, pág. 10, n. 59).

²⁸ MAZEAUD y MAZEAUD / CHABAS; *Leçons de Droit civil*, II-1, 8ª ed., 1991, pág. 1072, n. 985.

²⁹ DEVEZE y SAINT-ALARY-HOUIN, en *Juris Classeur* (5, 1988, civ., fasc. 39, pág. 10, n. 59); y GHESTIN (*La fraude paulienne* (1978), *Mélanges à G. Marty*, pág. 578).

³⁰ GHESTIN; *La fraude paulienne* (1978), *Mélanges à G. Marty*, pág. 579.

II.3. Efectos de la acción pauliana

Encontramos referencias de la doctrina francesa que define la acción pauliana, en relación a sus efectos, como una *action en inopposabilité*³¹. Del mismo modo que en Italia, el efecto rescisorio de la acción se considera desde el punto de vista de la ineficacia del acto frente a los acreedores, siendo un acto válido entre las partes.

III. LA ACCION DE NULIDAD EN EL PROCEDIMIENTO DE QUIEBRA

A diferencia de la acción pauliana, la acción de nulidad regulada en los arts. 107-110 de la ley de 25 de enero de 1985 (85-98) es una acción cuyo ejercicio corresponde colectivamente a los acreedores³² del deudor comerciante, en el proceso de la quiebra. Sin embargo, se ha dicho que el fundamento de la acción es idéntico al de la acción pauliana³³, e incluso que pueden considerarse estas acciones de nulidad como una acción pauliana reforzada³⁴. La reciente reforma del procedimiento de quiebras en Francia (ley nº 94-475

³¹ "L'action est une action en inopposabilité qui se traduit par l'inefficacité de l'acte frauduleux dans les rapports du créancier demandeur et du tiers cocontractant du débiteur mais par son maintien dans les relations entre ces derniers" (DEVEZE y SAINT-ALARY-HOUIN; en Juris Classeur, 5, 1988, civ., fasc. 39, n. 123, pág. 17).

³² La legitimación activa corresponde a "l'administrateur, ... représentant des créanciers, ... liquidateur ou ... commissaire à l'exécution du plan" (art. 110 L. 25 enero 1985).

³³ "Les actions en nullité de la période suspecte (...) sont identiques dans leur fondement à l'action paulienne" (DEVEZE y SAINT-ALARY-HOUIN, en Juris Classeur, 5, 1988, civ., fasc. 39, pág. 4, n. 14).

³⁴ En este sentido, Ripert y Roblot; *Traité élémentaire de droit commercial*, L.G.D.J., t. II, 1986, n. 3109, pág. 894; citado por DEVEZE y SAINT-ALARY-HOUIN, en Juris Classeur (5, 1988, civ., fasc. 39, pág. 5, n. 14).

Sin embargo, AUBRY y RAU (*Cours de Droit civil français*, según Zachariae, 5ª ed., 1897, París, pág. 239) ponen de manifiesto, refiriéndose a los artículos del *Code de Commerce* que regulaban las acciones de nulidad de la quiebra (hoy derogados), que "l'action en nullité ouverte par ces articles est d'une nature toute particulière, et diffère, sous plusieurs rapports, de l'action paulienne ordinaire".

de 10 de junio de 1994 de prevención y tratamiento de las dificultades de las empresas)³⁵ no afecta al ejercicio de la acción o acciones revocatorias de la quiebra, que sigue rigiéndose conforme al régimen de la ley de 1985³⁶.

La acción tiene por objeto la tutela del derecho de crédito frente a los actos realizados por el deudor dentro del llamado *periodo sospechoso*. Esta finalidad trata de alcanzarse mediante la reconstrucción del activo del deudor en el periodo previo a la suspensión de pagos³⁷. A diferencia de la acción pauliana, el efecto de las acciones de la quiebra es la nulidad de los actos y no su ineficacia frente a los acreedores. Además, en todo caso se prescinde de cual fuere el ánimo que movió al deudor a actuar y se acude, en ocasiones, a presunciones *iuris et de iure* de fraude³⁸. En la ley se exigen distintos requisitos

³⁵ La normativa francesa en materia de quiebras está contenida en las leyes de 1 de marzo de 1984 en materia de prevención de las dificultades económicas de la empresa y de 25 de enero de 1985 sobre *redressement et liquidation judiciaires*. A ellas se añade la reforma de 10 de junio de 1994, que modifica parcialmente el articulado de una y otra. La razón de esta última reforma es, a juicio de CANDELARIO MACIAS (*El nuevo Derecho francés en materia de quiebras (ley n° 94-475 de 10 de junio de 1994)*, R.D.M., 1996, n° 222, págs. 1253-1282), la presión que los grandes acreedores -principalmente los bancos- han llevado a cabo a fin de que sean suavizadas las exigencias que suponía para ellos la finalidad de la ley de 1985 de salvaguardar la empresa (págs. 1260, 1281). No obstante, se mantiene la filosofía de las leyes reformadas de manera teórica (págs. 1260, 1281). La reforma, comenta la autora, *produce una mejora de los intereses de los acreedores y, con ello un reequilibrio con respecto a la situación de 1985 que eran los "grandes olvidados". Con este aumento, por ejemplo las reivindicaciones, pocos fondos quedan entonces para poder recuperar y continuar la actividad empresarial* (pág. 1282).

³⁶ La remisión a los preceptos de la ley de 1985 aparece en el artículo 70 de la nueva ley. En él se dispone que se inserten en la anterior cuatro nuevos artículos a continuación del art. 153 (arts. 153-1 a 153-4). El último de ellos (art. 153-4) indica que son de aplicación una serie de artículos de la ley de 1985, entre ellos, los arts. 107-110 que regulan la acción de nulidad del procedimiento de quiebra. Además, los arts. 56 y 57 de la nueva ley pasan de la reforma del art. 100 de la anterior a la reforma del art. 115, sin hacer referencia a los que nos interesan (arts. 107-110).

³⁷ *"Elle (la acción) a pour effet de reconstituer l'actif du débiteur"* (art. 110 *in fine* L. 25 enero 1985). Para ello se atiende al momento de la cesación de pagos, en cuanto a la mayoría de los actos, pudiendo el tribunal no obstante declarar la nulidad de las transmisiones de bienes a título gratuito celebradas en los seis meses precedentes a la fecha de la cesación de pagos (art. 107 *in fine* L. 25 enero 1985).

³⁸ En cuanto a la complicidad del tercero, se presume (DEVEZE y SAINT-ALARY-HOUIN, en *Juris Classeur*, 5, 1988, civ., fasc. 39, pág. 5, n. 15) *iuris et de iure* de modo implícito, salvo tan sólo en dos de los supuestos impugnables (pago de deudas vencidas y

según cual sea el acto impugnado.

III.1. Actos objetivamente fraudulentos

Los actos enumerados en el artículo 107 de la ley de 25 de enero de 1985 realizados por el deudor después de la fecha de cesación de pagos son *nulos*, *independientemente de cual fuera la intención de las partes o de que de ellos derive o no el daño*. Estos actos son los siguientes: 1º Toda transmisión gratuita de la propiedad, sea sobre bienes muebles o inmuebles (en este caso, además, el tribunal podrá declarar nulos los actos que se realizaron en los seis meses anteriores a la fecha de la cesación de pagos³⁹); 2º Aquellos contratos onerosos en que las obligaciones del deudor excedan notablemente de las adquiridas por la otra parte; 3º Los pagos por cuenta de deudas no vencidas en el momento del pago, cualquiera que sea el medio por el que se hicieron; 4º Todo pago por deudas vencidas hecho por medios anormales de pago; 5º Todo depósito o consigna de sumas ordenado judicialmente a título de garantía o de conservación (art. 2075-1 *Code civil*), "*à défaut d'une décision de justice ayant acquis force de chose jugée*" (art. 107 5º Ley 25 enero 1985); 6º Toda hipoteca y todo derecho de garantía constituido sobre los bienes del deudor por cuenta de deudas contraídas con anterioridad; 7º Todo embargo u otra medida de conservación del patrimonio del deudor, salvo que la inscripción o el embargo fuera anterior a la fecha de cesación de pagos.

III.2. Actos nulos si el tercero tuvo conocimiento de la cesación de pagos en el momento en que se hicieron

El artículo 108 de la misma ley exige la prueba de que el tercero tuvo conocimiento de la situación de cesación de pagos en que se encontraba el deudor en el momento de realizarlos, a efectos del ejercicio de la acción de nulidad. Una vez probado esto, se declararán nulos los siguientes actos: 1º Los pagos de deudas vencidas; 2º Los actos

actos onerosos), en que se exige la prueba de que el tercero tenía conocimiento de la cesación de pagos.

³⁹ Art. 107 *in fine* Ley 25 enero 1985.

celebrados a título oneroso (se entiende que son aquellos en que existe equivalencia del valor de las contraprestaciones porque, de lo contrario, seguirán el régimen previsto en el art. 107 como hemos visto).

EL SISTEMA ALEMAN

I. Introducción

II. La reforma del Derecho alemán de la insolvencia

III. *Anfechtung*: Modalidades de impugnación

IV. La impugnación concursal (*Konkursanfechtung*)

IV.1. Presupuestos para el ejercicio de la *Konkursanfechtung*:

1.1. El perjuicio de los acreedores

1.2. Otros factores alternativos

IV.2. Supuestos de ejercicio de la *Konkursanfechtung*

2.1. En la *Konkursordnung*

2.2. En la *Insolvenzordnung*

V. La impugnación por el acreedor fuera del procedimiento concursal (*Gläubigeranfechtung*)

I. INTRODUCCION

En el estudio del tratamiento del fraude según el ordenamiento jurídico alemán, suelen destacarse los aspectos relativos al Derecho concursal¹. Conviene recordar que los problemas que afectan a este sector de nuestro ordenamiento (la dispersión normativa; la arcaicidad del sistema; sus divergencias con la nueva filosofía de la insolvencia y los nuevos

¹ Con carácter general, el Derecho alemán tiene previstos para la ejecución de los créditos los siguientes procesos, según los casos: 1) *Zwangsvollstreckung* o ejecución forzosa; 2) *Konkursverfahren* o proceso concursal; 3) *Vergleichsverfahren* o convenio. Es común a los tres procesos la intervención del Estado. Esta presencia del Estado se nota menos en el *Konkurs* y en el *Vergleichsverfahren*, ya que en ellos la junta de acreedores está en primer plano. A los tres procesos se añade la posibilidad de realizar un convenio extrajudicial.

La ejecución forzosa se caracteriza porque acude a ella el acreedor singular para la ejecución de su crédito. A diferencia de este procedimiento, la característica principal del *Konkursverfahren* es la satisfacción de los acreedores a prorrata de sus créditos. Rige aquí el principio de igualdad de trato de los acreedores. Por último, en el *Vergleichsverfahren* la junta de acreedores se dirige frente al deudor común con el fin de evitar el *Konkursverfahren* por medio de la realización de un convenio (acuerdos de quita y espera). En este caso el deudor es el que administra sus bienes para cumplir todo y sólo aquello a lo que queda obligado por el convenio.

El único de estos procedimientos que articula medidas para el tratamiento del fraude de acreedores es el *Konkursverfahren* (procedimiento de quiebra o concurso). Para la apertura del proceso es requisito la insolvencia del deudor, con un pasivo superior al activo. La apertura o no del proceso se decide por el tribunal en un proceso previo de cognición en el que tanto el deudor como los acreedores tienen derecho a ser escuchados. Durante el proceso, un síndico se hace cargo de la administración de la masa concursal. En el seno del proceso, el síndico ejercitará las acciones impugnatorias (*Anfechtung*) para hacer volver a la masa parte de los bienes que salieron de ella en las circunstancias descritas por la ley y hacer así posible el pago de los créditos. Todo ello, según GRUNSKY (*Grundzüge des Zwangsvollstreckungs- und Konkursrechts*, J.C.B., 1987); JAUERNIG (*Zwangsvollstreckungs- und Konkursrecht*, Verlag C.H. Beck, München, 1985); BROX / WALKER (*Zwangsvollstreckungsrecht*, Academia Iuris, 1990).

problemas²:...), claman por una reforma del Derecho concursal español. Nuestro sistema concursal sigue anclado en la retroacción judicial de la quiebra, sin límite temporal, junto a las acciones de impugnación o revocatorias especiales de la quiebra. El régimen jurídico de la insolvencia ha sido recientemente reformado en Alemania y es hoy opinión frecuente -ya no era antes de la reforma alemana- que nuestro sistema concursal debe ser sustituido por otro, inspirado en el modelo alemán³, único para deudor civil y mercantil, que cuente con un abanico de acciones impugnatorias y que prescinda de la retroacción absoluta.

II. LA REFORMA DEL DERECHO ALEMAN DE LA INSOLVENCIA

La *Konkursordnung* de 10 de febrero de 1877 (KO) ha sido la norma reguladora del procedimiento de la insolvencia en Alemania durante más de un siglo. Actualmente se ha reemplazado por la *Insolvenzordnung* de 5 de octubre de 1994 (InsO), que entrará en vigor a partir del 1 de enero de 1999, salvo que se disponga otra cosa⁴.

El sistema concursal alemán se caracteriza, frente a los sistemas latinos (francés, italiano, español,...) por la unificación de los procedimientos de la insolvencia civil y mercantil. La materia es competencia del Derecho Procesal. Tanto en la KO como en la InsO, el instrumento empleado para la reintegración de la masa de la quiebra es exclusivamente la *anfechtung* o acción de impugnación.

² VICENT CHULIA, F.; *Compendio crítico de Derecho mercantil*, II, 3ª ed., J.Mª Bosch, 1990, págs. 837-841.

³ En relación con nuestro sistema actual de reintegración de la masa de la quiebra, se ha dicho: "Desde luego, sí existe una opinión unánime de que el sistema actual debe ser sustituido por otro, inspirado en el Derecho alemán, de acciones de impugnación basadas en distintos fundamentos." (F. VICENT CHULIA; *Compendio crítico de Derecho mercantil*, II, 3ª ed., J.Mª Bosch, 1990, pág. 880).

⁴ § 335 InsO; que se remite al § 110 de la Ordenanza de introducción a la InsO.

III. ANFECHTUNG: MODALIDADES DE IMPUGNACION

En el modelo alemán se distinguen dos acciones de impugnación de los actos del deudor por los acreedores: la *Gläubigeranfechtung* (impugnación por el acreedor) y la *Konkursanfechtung* (impugnación concursal)⁵.

La *Gläubigeranfechtung* no tiene nada que ver con el proceso de quiebra: se trata de la impugnación individual con que se protege al acreedor singular para facilitar la satisfacción de su derecho de crédito. Esta acción funciona de modo semejante a la *Konkursanfechtung* (Jauernig⁶, Grunsky⁷). La *Konkursanfechtung* es la acción de impugnación dentro del concurso.

En uno y otro caso, este tipo de impugnación no es el mismo que el que utiliza el BGB en general para la declaración de ineficacia de los negocios jurídicos. La acción de impugnación de los contratos en el BGB produce efectos *ex tunc*: el acto impugnado se declara nulo cuando una de las partes lo atacó fundadamente. Sin embargo, para las acciones que ahora estamos considerando no tienen legitimación activa las partes contratantes, sino sus acreedores, y no se trata de acciones de nulidad *ex tunc*⁸ o absoluta.

⁵ GRUNSKY, W.; *Grundzüge des Zwangsvollstreckungs- und Konkursrechts*, J.C.B., 1987, págs. 62-63 y 66.

⁶ JAUERNIG (*Zwangsvollstreckungs- und Konkursrecht*, Verlag C.H.Beck, München, 1985, § 50-I, pág. 203) enseña que la *Anfechtung* según la KO (*Konkursordnung* reguladora de la *Konkursanfechtung*) persigue fines semejantes a los de la impugnación fuera del concurso según la AnfG (*Anfechtungsgesetz* reguladora de la *Gläubigeranfechtung*), pero que con la impugnación de los contratos, en el sentido en que aparece en el BGB, sólo tienen en común el nombre. Es decir, el BGB no se refiere para nada a la impugnación de los actos fraudulentos (esto es materia propia del Derecho procesal regulada en las leyes especiales citadas). También señala (§ 50-V) que las condiciones de la impugnación concursal se parecen a las de la impugnación fuera del concurso: ambas se dirigen contra un acto jurídico válidamente celebrado que causa un perjuicio a los acreedores.

⁷ En el mismo sentido que el anterior, GRUNSKY, W.; *Grundzüge des Zwangsvollstreckungs- und Konkursrechts*, J.C.B., 1987, págs. 62-63 y 66.

⁸ La cuestión es vagamente discutida. Afirma GRUNSKY (*Grundzüge des Zwangsvollstreckungs- und Konkursrechts*, J.C.B., 1987, pág. 62) que la *Konkursanfechtung* está claro que no es como la *Anfechtung* del BGB, pero que no está claro qué es. Y señala las dos posiciones que mantiene la doctrina al respecto: 1) La doctrina mayoritaria indica que los efectos de la impugnación concursal son *ex nunc*; 2) Otro sector doctrinal, más anticuado, señala que la *Anfechtung* de los acreedores tiene efectos *ex tunc*, lo que tiene repercusión

IV. LA IMPUGNACION CONCURSAL (KONKURSANFECHTUNG)

Como hemos señalado antes, esta acción impugnatoria de los actos realizados en estado de insolvencia es distinta -en cuanto a su naturaleza, aplicación y efectos- de la *Anfechtung* que puede encontrarse en el BGB para instar en general la declaración de ineficacia de los contratos. El objeto de la impugnación o *Anfechtung* concursal es el acto jurídico eficaz realizado válidamente antes de la apertura del proceso, pero que disminuyó el patrimonio del deudor y por ello perjudicó al conjunto de los acreedores concursales. La *Anfechtung* concursal persigue como fin el restablecimiento del equilibrio de la masa disminuida como medida de tutela del derecho de los acreedores. La protección de los acreedores se logra impugnando los actos del deudor que, como resultado de la impugnación, sin dejar de ser válidos y eficaces *inter partes* se declaran sin efectos tan sólo en la medida en que se han sustraído de la masa bienes en perjuicio de los acreedores⁹. La impugnación nunca se realiza en interés de una de las partes en el acto jurídico, sino en interés del conjunto de los acreedores concursales¹⁰. La acción es subsidiaria y sólo puede ser ejercitada cuando carezcan los acreedores de otros medios para hacer efectivo el cobro de sus créditos.

En cuanto a la naturaleza y eficacia de la *Konkursanfechtung*, son diversas las interpretaciones doctrinales al respecto, pero todas ellas confluyen en los puntos siguientes,

principalmente en cuanto a los frutos de la cosa.

Othmar JAUERNIG (*Zwangsvollstreckungs- und Konkursrecht*, Verlag C.H.Beck, München, 1985, págs. 203 y siguientes) explica que la impugnación concursal está orientada a invalidar actos jurídicos celebrados en perjuicio de la masa, y que la técnica jurídica empleada para ello es discutida: antes se trataba de establecer un paralelismo entre la impugnación de la KO y la del BGB; hoy se rechaza esta equiparación ya que la *Anfechtung* del BGB lleva a la nulidad absoluta del acto, mientras que la concursal provoca la declaración de ineficacia relativa.

⁹ La restitución del bien al patrimonio deudor se realizará *in natura*, pero si el bien ya no existe puede sustituirse por el valor en dinero que hubiera tenido para la masa si el acto jurídico impugnado no hubiera tenido lugar, valorado en el momento de la última actuación oral del procedimiento de impugnación. (JAUERNIG, O.; *Zwangsvollstreckungs- und Konkursrecht*, Verlag C.H.Beck, München, 1985, § 50-IV).

¹⁰ JAUERNIG, O.; *Zwangsvollstreckungs- und Konkursrecht*, Verlag C.H.Beck, München, 1985, § 50-I, pág. 203.

según Jauernig¹¹: 1º La impugnación concursal está orientada a invalidar los actos jurídicos celebrados en perjuicio de la masa; 2º El derecho a impugnar no lleva implícita pretensión de enriquecimiento alguna. No se trata de que el que impugna se enriquezca, sino de reintegrar la masa; 3º La pretensión no tiene en absoluto naturaleza derivada de delito; 4º Es discutido si la pretensión de impugnación corresponde a la comunidad de acreedores; al síndico, a la masa, o al deudor común. En la práctica no tiene implicación alguna: el síndico o administrador de la quiebra es el que la ejercita, siendo la impugnación un mero medio técnico de incremento de la masa en interés de la comunidad de acreedores, no del deudor común.

Por último, veamos cuáles son los presupuestos para el ejercicio de la acción de impugnación concursal y cuáles son los supuestos en que ésta procede, conforme a la vigente normativa (KO) y a la nueva normativa (*Insolvenzordnung* de 5 de octubre de 1994, en vigor -en principio¹²- a partir del 1 de enero de 1999).

IV.1. Presupuestos para el ejercicio de la *Konkursanfechtung*

Junto al perjuicio para los acreedores, el ejercicio de la acción requiere otros factores alternativos. Estos son los siguientes:

1.1. *El perjuicio de los acreedores*.- Es un presupuesto para el ejercicio de la *Konkursanfechtung* que, como consecuencia del acto impugnado, se haya causado un daño o perjuicio a los acreedores concursales. Este daño ha de ser real, presente en el momento de ejercicio de la acción¹³. La nueva InsO ha introducido modificaciones con respecto a la regulación anterior (KO) por lo que afecta al requisito del perjuicio, al dedicar un precepto

¹¹ JAUERNIG, O.; *Zwangsvollstreckungs- und Konkursrecht*, Verlag C.H.Beck, München, 1985, págs. 204 y ss.

¹² Como ya advertimos, el § 335 InsO se remite al § 110 de la ordenanza de introducción a la InsO y prevé que esta será la fecha de entrada en vigor salvo que se disponga otra cosa.

¹³ JAUERNIG, O.; *Zwangsvollstreckungs- und Konkursrecht*, Verlag C.H.Beck, München, 1985, § 50-V.

al tratamiento de los *actos jurídicos directamente perjudiciales*¹⁴.

1.2. Otros factores alternativos.— La *Konkursanfechtung* tanto en la KO como en la InsO viene configurada como una acción cuyo ejercicio requiere -junto al perjuicio del acreedor- un *fundamento que justifique la revocación* frente al adquirente y que varía según los casos. Como resultado de un análisis comparativo de la KO y la nueva InsO se observa una ligera modificación de los criterios determinantes de la revocación. De ello nos ocupamos ahora, al tratar los supuestos en que procede el ejercicio de la acción.

IV.2. Supuestos de ejercicio de la *Konkursanfechtung*

Distinguiremos entre la vigente normativa (KO) y la nueva normativa (InsO).

2.1.- En la KO.— En la KO se concede la *Konkursanfechtung* (dentro de los distintos plazos¹⁵ exigidos) por alguno de los siguientes motivos, aislada o cumulativamente, según

¹⁴ Así, de la regulación de la KO se deduce que sólo en algunos casos se exige que el perjuicio se cause de modo inmediato, es decir, que sea implícito al acto (así, los §§ 30.1.1 y 31.2 de la KO). En la mayoría de los casos, será suficiente que el daño aparezca después, por otras circunstancias (así, los §§ 30.1.2; 30.2; 31.1 y 32 KO). Recordemos que también en el ordenamiento español se admite el ejercicio de la acción impugnatoria de la quiebra en supuestos en que el daño no derivó directamente del acto impugnado.

Sin embargo, la InsO presenta la particularidad de regular de modo explícito el régimen de los *actos jurídicos directamente perjudiciales* (§ 132), sin que suponga -por otra parte- aportación alguna a la objetivación del fraude porque exige, para la impugnación de estos actos, la prueba de que el tercero tuvo conocimiento de la situación de insolvencia en que se hallaba el deudor. Encontramos, no obstante, otra alusión al perjuicio directo provocado por el acto en el § 133-II InsO, y modifica notablemente el criterio general del § 132 InsO al exigir no ya la prueba del conocimiento del tercero de la situación de insolvencia en que se hallaba el deudor, sino la prueba de la *intención* del deudor de perjudicar a sus acreedores (se trata de la impugnación de contratos onerosos celebrados entre el deudor y un *sujeto cercano* (§ 138) en los dos años previos a la apertura del procedimiento).

¹⁵ Además de los plazos específicos previstos por la ley para los casos particulares, la KO recoge las siguientes disposiciones respecto a los plazos:

1. La impugnación sólo se puede hacer en el plazo de un año desde la apertura del proceso (§ 41-1 KO).
2. La impugnación según los §§ 31-1 y 32-a-1, está excluida cuando han pasado 30

los casos. A) *En todo caso*: por razón de la gratuidad de la transmisión¹⁶; o bien por razón del conocimiento que el tercero tuvo en el momento en que se realizó el acto jurídico de la intención del deudor de perjudicar a sus acreedores¹⁷. B) *En determinadas circunstancias*: por razón de la cualidad de socio del tercero¹⁸; por razón del conocimiento que el tercero tuvo en el momento en que se realizó el acto jurídico de la situación patrimonial del deudor¹⁹; por razón de la ausencia de derecho de un acreedor a ser beneficiado sobre los demás (otorgamiento de garantías y satisfacción de créditos no vencidos o no exigibles)²⁰;

años desde la realización del acto jurídico (§ 41-1 KO).

3. Los actos jurídicos que se hicieron más de seis meses antes de la apertura del proceso no pueden ser declarados sin efecto a causa del conocimiento de la suspensión de pagos (§ 33 KO).

¹⁶ Son impugnables las transmisiones de bienes celebradas a título gratuito por el deudor en el último año antes de la apertura del proceso, si no fueran regalos acordes al uso social (§ 32-1 KO). Si el beneficiado por la transmisión fuera el cónyuge del deudor, el periodo de impugnabilidad del acto se amplía a los dos años previos a la apertura del proceso (§ 32-2 KO).

¹⁷ § 31-1 KO.

¹⁸ Son impugnables los actos jurídicos por los que la sociedad (insolvente frente al resto de acreedores) dé garantía al acreedor-socio que dió crédito a la sociedad cuando ésta se hallaba en situación de necesidad de capital, realizados en el año previo a la apertura del proceso (§ 32-a KO).

¹⁹ Son impugnables los actos jurídicos realizados tras la suspensión de pagos o la petición de apertura del proceso por los cuales los acreedores son perjudicados, cuando la otra parte al tiempo que comenzó el negocio estaba enterada de la suspensión de pagos o de la petición de apertura (§ 30-1-1 KO).

Son también impugnables los actos de constitución de garantía o satisfacción de uno de los acreedores realizados tras la petición de apertura o la suspensión de pagos, cuando el acreedor en el momento de la celebración del acto conocía de la suspensión de pagos o de la interposición de la demanda (§ 30-1-2 KO).

²⁰ Son impugnables los actos de constitución de garantía o satisfacción de créditos realizados en los diez días previos a la suspensión de pagos o a la interposición de la demanda cuando el acreedor no tenía derecho a ello (en ese momento o de ese modo), salvo que pruebe el acreedor beneficiado que al tiempo de realización del acto no sabía ni de la suspensión de pagos; ni de la interposición de la demanda; ni de la intención del acreedor de privilegiarlo ante los demás acreedores (§ 30-2 KO). La norma recoge una presunción *iuris tantum* de fraude.

o bien por ser el tercero cónyuge del deudor o pariente del deudor o del cónyuge²¹.

2.2.- *En la InsO.*- La regulación de la impugnación en la nueva InsO es eminentemente pragmática. El legislador mide plazos y periodos en atención a cada caso; modula la combinación de criterios que justifiquen la revocación; aclara exhaustivamente el sentido y alcance de las expresiones que emplea²²; se remite de unos preceptos a otros;... Según la InsO, son impugnables los siguientes actos del deudor (en los plazos y circunstancias precisados en la InsO):

1º las transmisiones de bienes o derechos celebradas a título gratuito²³;

2º los actos de constitución de garantías y de satisfacción de los derechos de crédito en favor de uno de los acreedores²⁴;

²¹ Son impugnables los contratos onerosos concluidos en el último año antes de la interposición de la demanda por el deudor, con su cónyuge antes o durante el matrimonio, con los parientes suyos o de su cónyuge en la línea ascendente y descendente, con los hermanos (por parte de padre y madre o sólo de padre o de madre) suyos o de su cónyuge; o con el cónyuge de una de estas personas, si por la conclusión de este contrato se perjudica a los acreedores del deudor y la otra parte contratante no prueba que al tiempo de la conclusión del contrato no le era conocida una intención del deudor de perjudicar a los acreedores (§ 31-2 KO). La norma recoge una presunción *iuris tantum* de fraude.

²² Por ejemplo, en el § 130 II describe qué situaciones son equiparables al *conocimiento de la insolvencia o de la petición de apertura del procedimiento*; en el § 138 se especifica quiénes son *sujetos cercanos* al deudor, distinguiendo entre si el deudor es persona natural o jurídica; etc...

²³ Igual que la KO, la InsO excluye de la aplicación de la norma los actos de disposición destinados a regalos de uso, pero además especifica que sean *de escaso valor*. El periodo dentro del que se consideran estos actos revocables es el que abarcan los cuatro años anteriores a la petición de apertura del procedimiento. (§ 134 InsO).

Adviértase que en el § 322 InsO, en el marco del procedimiento especial de la insolvencia de la herencia, se establece que si el heredero cumple antes de la apertura del procedimiento de insolvencia y con cargo al caudal relicto con las legítimas, legados o cualquier otra carga, esos actos jurídicos son impugnables de la misma forma que una disposición a título gratuito.

²⁴ El legislador modula los requisitos exigidos para el ejercicio de la acción en atención al tiempo en que el acto se realizó y a la situación en que se encontraba el acreedor cuyo crédito ha sido garantizado o satisfecho respecto del deudor.

Así, *si el acreedor no tenía derecho a la garantía o a la satisfacción del crédito* (en la forma o en el tiempo en que se hicieron) estos actos son impugnables cuando se realizaron en alguna de las circunstancias siguientes (§ 131 InsO):

3º los actos jurídicos celebrados por el deudor con intención conocida por la contraparte de perjudicar a sus acreedores²⁵;

4º en general, los actos jurídicos directamente perjudiciales para los acreedores si el tercero demandado conocía la situación de insolvencia en que se hallaba el deudor al tiempo de hacerlos²⁶;

5º determinadas operaciones relativas a las cuentas en participación (devolución al

1º) en todo caso, si se realizaron en el mes anterior a la petición de apertura del procedimiento o con posterioridad a la petición;

2º) dentro de segundo o tercer mes anterior a la petición de apertura del procedimiento si el deudor era insolvente en ese momento;

3º) dentro del segundo o tercer mes anterior a la petición de apertura del procedimiento si en el momento de su realización era conocido por el acreedor que el acto perjudicaba a los acreedores de la insolvencia (se establece una presunción *iuris tantum* de que los sujetos próximos al deudor según el § 138 InsO conocían el perjuicio de los acreedores).

Cuando la garantía se otorgó en favor de un acreedor que tenía derecho a reclamarla o se pagó un crédito vencido y exigible, el acto es impugnabile si se realizó en los tres meses anteriores a la petición de apertura del procedimiento de insolvencia o en fecha posterior y el acreedor conocía la situación de insolvencia en que se hallaba el deudor al tiempo de hacerlo o, en su caso, la petición de apertura del proceso (§ 130). En este caso, también acompaña al precepto una presunción *iuris tantum* de que los sujetos próximos al deudor - según la descripción del § 138 InsO- tenían conocimiento de la insolvencia.

Un caso peculiar es el de aquel acreedor que reúne además en su persona la cualidad de socio del deudor. Para este supuesto, en la InsO se ha previsto una regla especial (§ 135) según la cual son impugnables los actos de constitución de garantías realizados en los diez años previos a la petición de apertura del procedimiento o en fecha posteriores, así como los pagos celebrados en el año anterior a la petición de apertura o con posterioridad, cuando el crédito haya nacido de un préstamo sustitutivo del capital o se trate de un crédito similar.

²⁵ Ya advertíamos al tratar del presupuesto del perjuicio causado que el § 133-I InsO no distingue entre actos directamente lesivos y actos que indirectamente conducen a la lesión del derecho de crédito. A parte de esta observación, cabe señalar que el precepto añade una presunción del conocimiento de la contraparte de la intención fraudulenta del deudor cuando se pruebe que conoció que estaba próxima la situación de insolvencia y que el acto perjudicaba a los acreedores.

²⁶ La condición para la impugnabilidad de estos actos es que se hayan realizado dentro de los tres meses previos a la petición de apertura del procedimiento de insolvencia o en fecha posterior. También aquí se presume *iuris tantum* el conocimiento de la insolvencia de los sujetos próximos al deudor (§ 132 InsO).

socio de la participación o condonación por las pérdidas)²⁷.

V. LA IMPUGNACION POR EL ACREEDOR FUERA DEL PROCEDIMIENTO CONCURSAL (GLÄUBIGERANFECHTUNG)

La acción pauliana, heredada del Derecho romano a partir de la elaboración de la Escuela de Bolonia, como vimos al estudiar la trayectoria histórica de la acción²⁸, permanece en el sistema germano como elemento de impugnación del acto fraudulento hasta nuestros días. La acción pauliana se consolida como acción revocatoria de los acreedores, en la quiebra o fuera de ella, y como instrumento que hace posible excepcionalmente la aprehensión por los acreedores de aquellos bienes que ya han salido del patrimonio del deudor²⁹.

Esta acción de tutela del derecho de crédito no se encuentra regulada en el BGB, como hemos señalado antes. La ley que la regula se integra en Alemania en el Derecho procesal. Hasta ahora, la normativa de la acción de impugnación de los actos del deudor

²⁷ Son impugnables estos actos si el acuerdo que los motivó se realizó en el año anterior a la petición de apertura del procedimiento o con posterioridad a él, y salvo que la causa de apertura del procedimiento haya tenido lugar después del acuerdo (§ 136 InsO).

²⁸ En la primera de las Cuestiones previas, relativa al origen y desarrollo de la acción pauliana (epígrafe IV).

²⁹ Al explicar el principio de responsabilidad patrimonial del deudor, Von TUHR (*Der allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts*, vertido al español por Tito Ravà, I-1, 1946, págs. 396-397 y 269) lo refiere al momento de la ejecución de la obligación ("responde por las deudas todo el activo, y en la forma que tiene en cada instante: todo elemento patrimonial, sin que importe cuándo ingresó al patrimonio, responde por toda deuda, sin que tampoco importe el momento en que ésta nació"; págs. 396-397). Y estima que la acción pauliana representa una excepción a esta regla ("El acreedor (...) así como se beneficia por todos los incrementos del patrimonio del deudor, de la misma manera debe tolerar cualquier regreso que se realice en él: (...). Es ésta una norma indispensable; por una parte, a fin de que el titular pueda administrar su patrimonio, aun teniendo deudas; y, por otra, en el interés de la circulación de los bienes para que los adquirentes estén garantidos frente a los acreedores del enajenante. La acción pauliana constituye una excepción; por ella, en ciertos casos, el derecho que se separó del patrimonio del deudor continúa afectado a la satisfacción de un acreedor determinado"; pág. 397).

fuera del concurso se comprendía en la *Anfechtungsgesetz* de 21 de julio de 1879³⁰. La nueva normativa que viene a reemplazarla se contiene en la ley introductoria de la ley de la insolvencia (*Einführungsgesetz zur Insolvenzordnung* de 5 de octubre de 1994) que, junto a ésta, entrará en vigor a partir del 1 de enero de 1999 salvo que se disponga otra cosa (§ 110 de la EGIInsO)³¹. La nueva ley legitima a todo acreedor por cuenta de deuda vencida para el ejercicio de la impugnación, pero sólo una vez que la ejecución forzosa ha resultado infructuosa (§ 2)³².

Se distingue entre diversos supuestos de impugnación: 1º Actos jurídicos que causan un perjuicio intencionadamente³³; 2º Prestaciones gratuitas³⁴; 3º Actos jurídicos de los herederos³⁵; y 4º Determinados préstamos que sustituyen al capital social³⁶. Lo que se haya transmitido mediante un acto impugnado deberá ponerse a disposición del acreedor

³⁰ *Gesetz, betreffend die Anfechtung von Rechtshandlungen eines Schuldners ausserhalb des Konkursverfahrens* (ley para la impugnación de los actos jurídicos del deudor fuera del procedimiento concursal).

³¹ En un procedimiento de insolvencia que se inicie después del 31 de diciembre de 1998 serán de aplicación ambas leyes a las situaciones jurídicas y derechos que tengan su razón antes del primero de enero de 1999 (§ 104 EGIInsO).

³² También viene siendo así conforme a la *Anfechtungsgesetz* (§ 2).

³³ Son impugnables los actos jurídicos realizados por el deudor en los últimos diez años con la idea de perjudicar a sus acreedores si la otra parte conoció en el momento del acto la intención del deudor. Este conocimiento se presume si la otra parte sabía que el deudor era insolvente. Son también impugnables los contratos onerosos que realice el deudor con una persona cercana (según el criterio descrito en el § 138 de la InsO) en los dos años anteriores a la impugnación que sean directamente lesivos para los acreedores, si la otra parte conocía la intención que tenía el deudor de perjudicar a sus acreedores. Todo ello según el § 3 de la EGIInsO.

³⁴ Son impugnables los actos jurídicos realizados por el deudor a título gratuito en los cuatro años previos a la impugnación, salvo que se trate de regalos que es corriente hacer y que no son de excesivo valor (§ 4 EGIInsO).

³⁵ Igual que el § 3-a AnfG, el § 5 EGIInsO ha dispuesto que el acreedor de la herencia tiene preferencia o al menos igualdad en relación con los derechos de los destinatarios de los legados y fideicomisos, de modo que puede impugnar las atribuciones que traigan su causa de la herencia del mismo modo que si se tratara de una prestación gratuita del heredero.

³⁶ Si el deudor es insolvente, tiene el acreedor preferencia sobre el derecho de los socios a la restitución de determinadas aportaciones (§ 6).

en la medida en que sea necesario para su satisfacción y serán válidas en general a estos efectos las disposiciones previstas para los supuestos de enriquecimiento injusto en que el receptor conoce la falta de razón jurídica (§ 11-1 EGInsO). Pero si se tratase de un adquirente a título gratuito que ni sabía ni hubiera debido saber que la prestación gratuita perjudicaba a los acreedores del transmitente, sólo estará obligado a restituir en la medida en que se haya enriquecido (§ 11-2 EGInsO). Se observa la posibilidad de que el tercero afectado por la impugnación se dirija contra el deudor (§ 12 EGInsO).

EL SISTEMA SUIZO

I. Introducción

II. La acción pauliana en el Derecho del cantón de Vaud

III. La acción revocatoria en la *Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite* de 1889 (antes y después de la reforma de 1994, en vigor desde enero de 1997)

III.1. Objeto de la acción pauliana

III.2. Legitimación activa

III.3. Legitimación pasiva y efectos de la acción pauliana. La "obligación revocatoria"

III.4. Actos revocables (arts. 286-288 LP)

4.1. Disposiciones a título gratuito

4.2. Pagos y constitución de garantías

4.3. Actos con fraude subjetivo (*consilium fraudis*)

III.5. Plazo

IV. Supuestos especiales

IV.1. La compensación (art. 214 LP)

IV.2. Modificación del régimen económico matrimonial (art. 193 CC)

IV.3. Repudiación de herencia (art. 578 CC)

IV.4. Transferencias de patrimonio entre sociedades del mismo grupo

I. INTRODUCCION

Durante la época de la Codificación en Europa, los distintos cantones suizos regularon de modo autónomo el sistema de tratamiento del fraude de acreedores. Entre ellos destaca el cantón de Vaud, célebre por su temprano *Code civil vaudois* de 1819.

Cuando posteriormente, con la proclamación de la *Constitution fédérale de la Confédération suisse* de 29 mayo 1874, se declaraba que la Confederación tiene el derecho a legislar sobre las materias relativas al derecho civil y mercantil, así como en materia de persecución por deudas y quiebra (art. 64 *Constitution fédérale*), el tratamiento del fraude de acreedores dejará pronto de ser materia de competencia cantonal.

En el nuevo orden jurídico, la disciplina del tratamiento del fraude sigue el modelo germano: La materia escapa del orden civil y mercantil, y se regula por el Derecho procesal en la *Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite* de 11 abril 1889. Si bien puede advertirse que la ley es ya centenaria, no por ello es anticuada. Todo lo contrario puesto que ha sido objeto de varias reformas; La última de ellas -de 16 de diciembre de 1994- acaba de entrar en vigor el primero de enero de 1997 y afecta directamente a nuestro tema. Queremos indicar que el sistema suizo nos parece muy sugerente, por la lógica que ofrece a nuestro juicio una concepción tan procesalista de la acción. Por su parte, la regulación civil y mercantil queda básicamente recogida, como es sabido, en el *Code Civil Suisse* de 10 diciembre 1907 y el *Code des obligations* de 30 marzo 1911. En el primero de ellos en los que encontramos alguna referencia al fraude de acreedores (en especial, el art. 578 CC; también el art. 193 CC).

II. LA ACCION PAULIANA EN EL DERECHO DEL CANTON DE VAUD

El cantón de Vaud aprueba en 1819 su *Code civil vaudois*. En este texto legal, se recogía la acción pauliana en los siguientes términos:

Art. 866.- "Les créanciers peuvent, en leur nom personnel, attaquer les actes faits par leur débiteur en fraude de leurs droits".

Explica Weith que la noción de fraude incluye dos elementos: el perjuicio y la intención fraudulenta¹. El precepto es prácticamente una copia del art. 1167 del *Code civil* francés. También la jurisprudencia de Vaud se inspira, durante el periodo de vigencia del *Code civil vaudois*, en la doctrina francesa². Sin embargo, observamos una particularidad en este buen código. Nos referimos al artículo 865, precepto inmediatamente anterior al que regula la acción pauliana. En él se establecía que en principio, *los contratos sólo tienen efecto entre las partes, sin que aprovechen ni dañen a terceros*. La acción pauliana venía a ser la acción concedida a aquellos acreedores lesionados por el contrato celebrado por su deudor con un tercero, que les permitía impugnar el acto. Todo ello en conexión con el principio de responsabilidad patrimonial del deudor (art. 1569 *Code civil vaudois*: "*Les biens du débiteur sont le gage commun de ses créanciers...*")³.

Frutos de la promulgación de la *Constitution fédérale de la Confédération suisse* (1874) son el *Code civil suisse* (1907) y el *Code des obligations* (1911). Este último

¹ WEITH, E.; *De l'action paulienne en droit romain et en droit vaudois, avec un aperçu sur l'action révocatoire du projet de loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite*, Lausanne, 1887, pág. 72. Se configura así como fraude subjetivo. Sin embargo, el autor distingue (págs. 96-100) entre los actos a título oneroso y los actos a título gratuito, a efectos de la exigencia para el ejercicio de la acción de que el tercero participe también o no de la intención de defraudar.

² WEITH, E.; *De l'action paulienne en droit romain et en droit vaudois, avec un aperçu sur l'action révocatoire du projet de loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite*, Lausanne, 1887, pág. 88.

³ WEITH, E.; *De l'action paulienne en droit romain et en droit vaudois...*, Lausanne, 1887, págs. 67-68. Esta peculiaridad, la del art. 865, no pasó a recogerse después en el actual *Code des obligations*, si bien habría merecido la pena mantenerla, a juicio de Weith.

no se ocupó de regular la acción revocatoria, competencia que se delega, en principio, a cada uno de los cantones. Pero esta competencia no la conservarían los cantones durante mucho tiempo, pues al reunirse la conferencia de delegados de los cantones para la elaboración de un proyecto de código de comercio único (proyecto *Munzinger*) se acordó la unificación de todas las disposiciones relativas a la insolvencia por deudas y quiebra⁴. Finalmente, los resultados del acuerdo quedaron plasmados en la *Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite*, de 11 de abril de 1889.

III. LA ACCION REVOCATORIA EN LA *LOI FÉDÉRALE SUR LA POURSUITE POUR DETTES ET LA FAILLITE* DE 1889 (LP)⁵ (ANTES Y DESPUES DE LA REFORMA DE 1994, EN VIGOR DESDE ENERO DE 1997)

En Suiza, la acción de impugnación por fraude conserva la denominación de acción pauliana⁶. Esta acción revocatoria, tanto la ordinaria como la revocatoria de la quiebra, queda regulada de modo uniforme para todos los cantones suizos en los artículos 285 y siguientes de la *loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite* de 1889 (LP). Se concibe como acción procesal que no debe confundirse con la acción de impugnación civil prevista en general para instar la declaración de ineficacia de los negocios jurídicos

⁴ WEITH, E.; *De l'action paulienne en droit romain et en droit vaudois, avec un aperçu sur l'action révocatoire du projet de loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite*, Lausanne, 1887, págs. 120-145.

⁵ Aprobada por la Asamblea federal de la Confederación suiza en ejecución del artículo 64 de la Constitución federal: "*La législation (...) sur la poursuite pour dettes et la faillite est du ressort de la Confédération.*"

⁶ Según cuál sea el acto revocable, la terminología alemana distingue entre las siguientes modalidades: a) *die Schenkungspauliana* (art. 286 LP); b) *die Überschuldungspauliana* (art. 287 LP); c) *die Absichts- o Deliktspauliana* (art. 288 LP). Sin embargo, la terminología francesa no hace distinciones (*action révocatoire* o *action paulienne*). Tampoco las hace, según parece, la italiana (*azione revocatoria* o *azione pauliana*). Todo ello según GILLIÉRON (*Poursuite pour dettes, faillite et concordat*, Payot Lausanne, 1993, edición revisada y completada, pág.406).

(Fritzsche/Walder⁷). Requisito para el ejercicio de la acción es el previo embargo infructuoso o bien la declaración de insolvencia (convenio o quiebra) del deudor. El sistema suizo es, ciertamente, interesante. Mantiene la concepción tradicional de la acción pauliana, y la combina con otros aspectos propios del sistema alemán.

III.1. Objeto de la acción pauliana

En el art. 285-I LP se declaraba que la acción revocatoria tiene por objeto la declaración de nulidad de los actos enumerados en los artículos 286-288. Una novedad importante introduce aquí la reforma: Ahora el precepto declara que la revocación tiene por objeto *someter a la ejecución forzosa* aquellos bienes que hayan sido enajenados por alguno de los actos mencionados en los artículos siguientes. Nos llama la atención que se haya abandonado la anterior terminología ("*nullité*") y se hable ahora directamente de someter los bienes fraudulentamente enajenados a la ejecución forzosa. La revocación afecta a actos válidamente celebrados entre las partes pero perjudiciales para los acreedores de una de ellas (Amonn⁸). La doctrina señala que la finalidad de la acción revocatoria es *la reparación del perjuicio que el deudor puede haber causado a sus acreedores por ciertos actos jurídicos* (Gilliéron⁹). Se configura como medio de garantía de la satisfacción del derecho de crédito (Walder/Bohner¹⁰).

⁷ FRITZSCHE/WALDER; *Schuldbetreibung und Konkurs nach schweizerischem Recht*, II, Schulthess Polygraphischer Verlag Zürich, 1993, pág. 64.

⁸ AMONN, K.; *Zur Frage des Gerichtsstandes für die paulianische Anfechtung*, Homenaje a Hans Ulrich Walder, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1994, pág. 428. El autor se refiere a actos civilmente inimpugnables (*zivilrechtlich unanfechtbare*), lo que se explica si tenemos en cuenta que por la vía civil sólo se regula la impugnación del contrato por una de las partes, y se relega -al igual que en el sistema alemán- a la vía procesal la impugnación del contrato por los acreedores perjudicados por la insolvencia.

⁹ GILLIÉRON, P.-R.; *Poursuite pour dettes, faillite et concordat*, Payot Lausanne, 1993, edición revisada y completada, pág. 397.

¹⁰ WALDER-BOHNER, H.U.; *Schuldbetreibungs- und Konkursrecht*, II, Schulthess Polygraphischer Verlag Zürich, 1983, pág. 125.

III.2. Legitimación activa

En su segundo párrafo, el art. 285 LP recoge las indicaciones sobre la legitimación activa para el ejercicio de la acción. Se concede la acción tanto al órgano encargado de la administración de la quiebra como a los acreedores individualmente¹¹, pero el acreedor individual fuera del concurso debe haber perseguido previamente los bienes del deudor y aportar la declaración del embargo infructuoso por falta de bienes provisional o definitiva¹².

III.3. Legitimación pasiva y efectos de la pauliana. La "obligación revocatoria"

El artículo 290 LP decía así: *"La acción revocatoria se ejercita contra las personas que han contratado con el deudor o que han sido pagadas por él, contra sus herederos y los terceros de mala fe. No puede dirigirse contra derechos de terceros de buena fe"*. Cuando se habla de *terceros* en este precepto, se está haciendo referencia no al primer adquirente, sino a su sucesor a título particular (Gilliéron¹³). La nueva redacción ha venido a reemplazar a los que antes llamaba "personas... que han sido pagadas por él" por una expresión más amplia, *"quienes han sido beneficiados por él"*¹⁴.

En cuanto a los efectos de la acción, quedan perfilados en el artículo 291 LP.

¹¹ Sobre la cuestión relativa a la jurisdicción competente, puede verse el trabajo de Kurt AMONN, *Zur Frage des Gerichtsstandes für die paulianische Anfechtung*, en el libro de homenaje a Hans Ulrich Walder (Schulthess Polygraphischer Verlag, 1994, págs. 427-432). También los siguientes: FRITZSCHE/WALDER (*Schuldbetreibung und Konkurs nach schweizerischem Recht*, II, Schulthess Polygraphischer, Verlag Zürich, 1993, pág.66); GILLIÉRON (*Poursuite pour dettes, faillite et concordat*, Payot Lausanne, 1993, pág. 410); y WALDER/BOHNER (*Schuldbetreibungs- und Konkursrecht*, II, Schulthess Polygraphischer Verlag Zürich, 1983, pág. 132).

¹² Es más explícita a estos efectos la nueva redacción que la anterior. Indica expresamente que la revocación requiere el previo embargo infructuoso cuando la insta el acreedor individual fuera del concurso.

¹³ GILLIÉRON; *Poursuite pour dettes, faillite et concordat*, Payot Lausanne, 1993, edición revisada y completada, pág. 410.

¹⁴ Literalmente, en el texto francés de la ley vigente: *"qui ont bénéficié d'avantages de sa part"*.

En él se dice que aquellos a quienes había aprovechado el acto ineficaz están obligados a la restitución de la cosa, pero pueden después reclamar del deudor la cantidad que exceda de la necesaria para el pago de los créditos. Se exceptúan de todo lo anterior los donatarios de buena fe, que tan sólo deben devolver por la cantidad en que se hubieren enriquecido (art. 291-III LP). Como el deudor no aparece entre los legitimados pasivamente, de un lado, y como se declara que el adquirente, en los supuestos de revocación, está obligado a devolver la cosa (al menos en la medida del enriquecimiento si es de buena fe), no extraña que los efectos de la revocación se describan como lo hace Gilliéron¹⁵. El autor afirma que la acción puede tener dos efectos: 1º) La obligación de restitución a cargo de aquél que se benefició por el acto revocable. Gilliéron emplea la noción de "*obligation révocatoire*" que nace, entre acreedor y adquirente, una vez revocado el acto¹⁶. Y 2º) hecha la restitución, la protección de los derechos del demandado (art. 291 LP; En este precepto se reconoce al demandado un derecho de crédito frente al deudor, una vez que ha restituido la cosa).

III.4. Actos revocables (arts. 286-288 LP)

Antes de la reforma de 1994, en la LP se distinguía entre los actos de disposición a título gratuito, los pagos y la constitución de garantías, y -en general- todos los actos realizados con intención de defraudar. Respecto de los primeros se prescindía, como ahora, del elemento subjetivo del fraude; para impugnar los segundos no se requería tampoco que el acreedor probase la intención de ninguna de las partes, pero se admitía que el tercero enervase la acción si probaba que desconocía la insolvencia del deudor (art. 288 LP); en cuanto a los últimos, son aquellos en que se ha convenido el fraude entre deudor y tercero, que debe probarse. Todo ello puede predicarse también de los preceptos vigentes, si bien la reforma ha afectado a determinados aspectos, que pasamos a detallar.

¹⁵ GILLIÉRON; *Poursuite pour dettes, faillite et concordat*, Payot Lausanne, 1993, pág. 412.

¹⁶ "Du fait de la révocation, il existe entre le(s) créancier(s) du débiteur et le tiers acquéreur du débiteur un rapport de droit qui forme l'*obligation révocatoire*." (GILLIÉRON; *Poursuite pour dettes, faillite et concordat*, Payot Lausanne, 1993, pág. 399).

4.1. Disposiciones a título gratuito

Se declaran ineficaces frente al acreedor perjudicado todos los actos de disposición realizados a título gratuito en el año previo al embargo infuctuoso o a la declaración de quiebra (art. 286-I LP; antes de la reforma el plazo era de seis meses)¹⁷. Este precepto, en su párrafo segundo, añade una indicación importante en materia de objetivación del tratamiento del fraude. En él ha querido el legislador equiparar a la donación -a efectos de la acción revocatoria- los siguientes actos: 1º Los actos por los que el deudor ha aceptado un precio notablemente inferior al valor de la prestación; y 2º Los actos en virtud de los cuales el deudor ha constituido en su favor o en favor de un tercero una renta vitalicia o un usufructo (el nuevo texto añade también un derecho de habitación y un "entretien viager").

Encontramos en el primero de estos supuestos un dato de interés por cuanto la acción pauliana tal y como está configurada en el ordenamiento suizo hace posible la revocación, sin atender al elemento subjetivo del fraude, de los actos celebrados por el deudor a título oneroso por los cuales enajena alguno de sus bienes por precio notablemente inferior al de la cosa, de modo que el adquirente de buena fe restituya el enriquecimiento objetivo (en términos de mercado) que le reportó la adquisición.

El art. 291-III LP declara que el donatario de buena fe sólo está obligado a restituir en la medida en que se haya enriquecido.

4.2. Pagos y constitución de garantías

La revocación de los pagos y constitución de garantías subsumibles en el artículo 287-I LP exige, además de la insolvencia del deudor, que no resulte probado que el

¹⁷ Además, en cuanto a la promesa de donar, ésta es revocable por el propio donante cuando cae en estado de insolvencia o se le declara en estado de quiebra (art. 250 CO). A primera vista, parece que en caso de quiebra el órgano de administración de la masa podría revocar la promesa de donación en el desarrollo de sus funciones. Sin embargo no es así pues se considera un derecho eminentemente personal (SCYBOZ y GILLIÉRON; *Code Civil Suisse et Code des Obligations annotés*, Payot Lausanne, 1988, nota al art. 250 CO). Los acreedores, por tanto, no pueden subrogarse en lugar del deudor para revocar la promesa de donación sino que deberán impugnarla por el ejercicio de la acción pauliana.

tercero beneficiado por el acto desconocía la situación en que se hallaba el deudor al tiempo de hacerlo (art. 287-II LP). En estas condiciones, se consideran revocables los siguientes actos celebrados en el año anterior al embargo infructuoso o a la apertura de la quiebra (antes de la reforma era un plazo de seis meses): 1º Toda garantía constituida en favor de una deuda ya existente, salvo cuando el deudor estaba obligado con anterioridad a ello; 2º Todo pago realizado por medios anormales (en concreto, todo el que no se efectuó en dinero o valores usuales); y 3º Todo pago de deuda no vencida.

4.3. Actos con fraude subjetivo (consilium fraudis)

Por último, en el artículo 288 LP, se declaran revocables todos aquellos actos realizados por el deudor con intención de perjudicar a sus acreedores o de favorecer a ciertos acreedores, con su connivencia, en detrimento de los otros, realizados en los cinco años previos a la declaración de insolvencia o al embargo (en la anterior redacción de la ley, se decían revocables cualquiera que fuera la fecha en que se realizaron).

III.5. Plazo

El plazo para el ejercicio de la acción era de cinco años contados a partir del momento de celebración del acto, pero a partir de la reforma se establece que el plazo es de dos años a partir de la declaración de quiebra o del embargo infructuoso (art. 292 LP). La reforma ha introducido también un nuevo precepto, el art. 288a, que da unas pautas para el cómputo de los plazos.

IV. SUPUESTOS ESPECIALES

Al margen de los preceptos dedicados en la LP a la acción pauliana, se regulan al menos otros tres casos de actos lesivos de los derechos de crédito por la insolvencia del deudor. Son los siguientes:

IV.1. La compensación (art. 214 LP).— La compensación sólo es posible cuando la ley no

la excluye¹⁸. En este sentido, tanto en el Código de las obligaciones¹⁹ como en la ley reguladora de la insolvencia se encuentran disposiciones que la excluyen²⁰. De entre estas disposiciones nos interesan aquí los artículos 213 y 214 LP. El artículo 213 LP, declara el derecho de compensación con el fallido, pero excluye de la compensación aquellos créditos que se hayan contraído con posterioridad a la apertura del procedimiento de insolvencia salvo que concurren determinadas circunstancias, que especifica. También señala otras excepciones a la compensación relacionadas con determinados créditos de algunas sociedades. El artículo 214 LP no ha sido reformado. Regula un supuesto especial de revocación, caracterizado porque el acto ha sido realizado por un deudor del deudor insolvente, a fin de compensar su crédito con otro recíproco del fallido. El acto es válido pero puede ser atacado por la acción revocatoria si al tiempo de contraer la deuda tenía conocimiento el deudor del fallido de que éste era insolvente y de que así -con la compensación- lograba obtener una ventaja en relación con los demás acreedores, que quedarían perjudicados. En este caso, la revocación sólo tendrá lugar en el marco de la quiebra o del convenio, sin que juegue ningún papel en el caso de embargo infructuoso (Gilliéron²¹).

IV.2. Modificación del régimen económico matrimonial (art. 193 CC).- El Código civil suizo ha previsto, en su art. 193, que no puedan sustraerse del alcance de los acreedores los bienes sobre los que podían ejercitar sus derechos antes de la adopción, modificación o liquidación del régimen económico matrimonial. La jurisprudencia suiza se ha manifestado en sentido de excluir el ejercicio de la acción revocatoria cuando este artículo sea aplicable. El precepto garantiza los derechos de los acreedores frente a la modificación del régimen

¹⁸ GAUCH/SCHLUEP/TERCIER; *Partie générale du Droit des Obligations*, I, 2ª ed., Ed. Schulthess Zürich, 1982, pág. 140.

¹⁹ El art. 125 CO enumera una serie de créditos que declara no compensables.

²⁰ Nos referimos a los arts. 213 y 214 LP. El primero excluye en ciertos casos la compensación cuando el deudor se encuentra en estado de insolvencia. Esta disposición es completada por el art. 214 LP, según el cual la compensación no se excluye en ciertos casos, pero puede ser impugnada por la acción revocatoria. (GAUCH/SCHLUEP/TERCIER; *Partie générale du Droit des Obligations*, I, 2ª ed., Ed. Schulthess Zürich, 1982, pág. 140).

²¹ GILLIÉRON, P.-R.; *Poursuite pour dettes, faillite et concordat*, Payot Lausanne, 1993, edición revisada y completada, pág. 398.

económico matrimonial de los esposos²².

IV.3. Repudiación de herencia (art. 578 CC).- Cuando un heredero repudia la herencia con objeto de perjudicar a sus acreedores, aquéllos o el órgano de administración de la masa de la quiebra, tienen derecho a atacar el acto de repudiación en los seis meses siguientes, a menos que se les garantice el cobro de sus créditos. El artículo 578 CC es, según una parte de la doctrina, dice Gilliéron, una ley especial por relación al art. 288 LP, cuya aplicación se excluye. El autor señala que, por el contrario, la repudiación de un legado se somete a las reglas de los arts. 285 y siguientes de la LP²³.

IV.4. Transferencias de patrimonio entre sociedades del mismo grupo.- Este supuesto carece de un régimen específico y nos limitamos a hacer una breve referencia. Las transferencias de patrimonio son un fenómeno frecuente dentro de las sociedades de un mismo grupo. Como consecuencia, fácilmente los acreedores pueden verse defraudados. A raíz del análisis de este fenómeno y de la necesidad de arbitrar un medio para defender los intereses de los acreedores, H. Peter propone de *lege ferenda* la creación de una acción, a la que llamaría *Unterkapitalisierungspauliana*²⁴. La idea, nacida después del estudio de otros sistemas en que una solución semejante lleva funcionando desde hace tiempo (como en EEUU), o es más reciente (Italia, proyecto alemán de regulación de la insolvencia, ahora InsO), ha tenido eco en la doctrina de autores posteriores en Suiza.

²² GILLIÉRON, P.-R.; *Poursuite pour dettes, faillite et concordat*, Payot Lausanne, 1993, edición revisada y completada, pág. 398.

²³ GILLIÉRON; *Poursuite pour dettes, faillite et concordat*, Payot Lausanne, 1993, pág. 399.

²⁴ PETER, H.; *L'action revocatoire dans les groupes de sociétés*, Helbing & Lichtenhahn, Faculté de Droit de Genève, 1990. En las conclusiones de su trabajo (págs. 277-279), afirma del siguiente modo: "*Des solutions doivent donc être trouvées pour assurer une meilleure protection aux créanciers externes des sociétés du groupe. (...) Dans cette perspective, l'action révocatoire paraît être un instrument particulièrement approprié. (...) Il serait toutefois opportun de profiter de la révision en cours de la LP pour adapter plus spécifiquement notre droit positif aux caractéristiques propres des transferts intra-groupe*".

EL SISTEMA BRITANICO

I. Introducción

II. Implicaciones de la declaración de insolvencia en relación con determinados actos del deudor

II.1. Actos jurídicos posteriores a la solicitud (*section 284 IA*)

II.2. Actos jurídicos anteriores a la solicitud (*sections 339-341 IA*)

2.1. "Transactions at an undervalue and Preferences"

A. "Transactions at an undervalue" (*section 339 IA*)

B. "Preferences" (*section 340 IA*)

2.2. El "momento relevante" (*section 341 IA*)

2.3. Legitimación activa

2.4. Ordenes para restaurar el patrimonio del deudor

2.5. Protección de los terceros

III. Tratamiento de las "transactions defrauding creditors"

III.1. La ley anterior a la *Insolvency Act* de 1986

III.2. La *Insolvency Act* de 1986 (*sections 423-425*)

2.1. Las sugerencias del comité de reforma

2.2. Requisitos para la reparación del daño

2.3. La orden del órgano jurisdiccional en aplicación de las *sections 423-425*

2.4. Efectos para terceros

I. INTRODUCCION

La norma legal reguladora del tratamiento de la insolvencia en el Reino Unido es, con carácter general, la *Insolvency Act* de 1986 (IA), a la que se añaden las *Insolvency Rules* de ese mismo año. Con carácter particular existen otras normas complementarias (*Insolvent Partnerships Order*; *Administration of Insolvent Estates of Deceased Persons Order*; *Company Directors Disqualification Act*, todas ellas de 1986).

En la *Insolvency Act* se regula tanto la insolvencia individual como la colectiva. La ley dispone que sólo pueden ser declarados en estado de insolvencia (*bankrupt*) aquellos que son incapaces de pagar sus deudas. Está legitimado para solicitar la declaración de la insolvencia tanto el acreedor como el deudor.

Para la tutela del derecho de crédito ante la insolvencia del deudor se articulan en el Derecho británico dos vías, ambas dirigidas a lograr la reconstrucción del patrimonio del deudor: 1ª La posibilidad de solicitar del juzgado la declaración de ineficacia de determinados actos realizados por el deudor en el periodo anterior a la solicitud de la declaración de insolvencia, o después de ésta (está legitimado para ello el síndico); 2ª Además, desde 1471 existe un poder legal que permite al órgano jurisdiccional anular aquellos contratos celebrados en fraude de acreedores, sin que sea preciso probar la insolvencia del quebrado al tiempo de hacerlos¹ (actualmente, *sections 423-425 IA*) (a instancia del perjudicado o -si el deudor se halla en estado de insolvencia declarada- a instancia del síndico). La *Insolvency Act* de 1986 (IA) introdujo modificaciones sustanciales en ambas vías de tutela del derecho de crédito.

¹ BERRY / BAILEY / SCHAW-MILLER; *Personal insolvency, law and practice*, second edition, Butterworths, 1993, pág. 393.

II. IMPLICACIONES DE LA DECLARACION DE INSOLVENCIA EN RELACION CON DETERMINADOS ACTOS DEL DEUDOR

La declaración de insolvencia puede traer consigo algunas consecuencias sobre los efectos de los actos jurídicos realizados por el deudor antes o después de la solicitud de apertura del procedimiento. Los órganos jurisdiccionales disponen de un *legal power* para disminuir los efectos de estos actos en favor de los acreedores de la masa. De este modo, el síndico logra recobrar para la masa el activo del que dispuso el deudor incluso antes de la declaración de insolvencia.

II.1. Actos jurídicos posteriores a la solicitud (*section 284 IA*)

Todo acto de disposición de bienes así como los pagos hechos por el deudor insolvente en el periodo que media entre la solicitud de la declaración de insolvencia y la fecha de la declaración de la insolvencia es nulo, siempre y cuando el tercero tuviese conocimiento de que la solicitud había sido presentada. Se exceptúan aquellos casos en que se obró con el consentimiento del órgano judicial o cuando el acto fue posteriormente ratificado por él.

II.2. Actos jurídicos anteriores a la solicitud (*sections 339-341 IA*)

Todos los actos jurídicos que el deudor realice antes de la solicitud de la declaración de insolvencia pueden ser declarados sin efectos por el tribunal, siempre y cuando puedan ser calificados bien como *transactions at an undervalue*, bien como *preferences*, y hayan sido realizados dentro del periodo relevante (*the relevant time*). En las *sections 339 y 340 IA* se especifica qué actos son comprendidos por estas categorías conceptuales (*transactions at undervalue and preferences*). En la *section 341 IA* queda indicado cuándo se considera que estos actos se realizaron dentro del *relevant time*.

2.1. Transactions at an undervalue and Preferences

A. *Transactions at an undervalue* (section 339 1A).- Una persona realiza una *transaction at an undervalue* (negocio por debajo del valor) en los siguientes casos: 1º si otorga una donación o de otro modo realiza un negocio (*transaction*) en condiciones que no suponen para ella recibir una retribución; 2º si negocia con otra persona (*he enters into a transaction*) por una retribución que, en dinero o valor económico, es significativamente inferior al valor de la prestación realizada por él.

El contenido del término *transaction* no viene expresamente definido en la *Insolvency Act*. La doctrina explica que el concepto incluye las donaciones, contratos o acuerdos, y es suficientemente amplio como para comprender cualquier relación jurídica o trato, formal o informal, con la persona del deudor². Tanto una provisión de servicios o suministro, como el préstamo de un bien, sin remuneración o por una remuneración inadecuada (*for no or inadequate consideration*) puede ser objeto de una *transaction at an undervalue*. En cuanto a la constitución de garantías, de un lado se ha entendido que no supone una merma del patrimonio y que por tanto no es una *transaction at an undervalue*; sin embargo, la cuestión no está definida y queda abierta al debate. Cuando el deudor grava cualquiera de sus bienes en favor de un acreedor constriñe en cierto modo la igualdad de trato en el pago de los acreedores. En este sentido puede decirse que el patrimonio del deudor ha sido mermado y por tanto el acuerdo por el que se constituyó la garantía es susceptible de ser analizado como una posible *transaction at an undervalue*³.

La orden del órgano jurisdiccional es independiente, en este caso, respecto de cual sea el móvil o intención que movió al deudor a actuar. El órgano jurisdiccional puede prescindir del elemento subjetivo que acompañó a la realización del acto a efectos de dictar una orden de protección del derecho de crédito frente a un acto calificable como *transaction*

² BERRY / BAILEY / SCHAW-MILLER; *Personal insolvency, law and practice*, second edition, Butterworths, 1993, pág.365. Con referencia al término *transaction*, indica: "It includes a gift, agreement or arrangement, but the word is sufficiently wide to cover any dealing with the individual whether formal or informal. The more restrictive term "settlement" which was used in the Bankruptcy Act 1914 has been avoided".

³ Todo esto según las consideraciones expuestas por C. BERRY, E. BAILEY y S. SCHAW-MILLER, en *Personal insolvency, law and practice* (Butterworths, second edition, 1993, págs. 365-366).

at an undervalue.

B. *Preferences* (section 340 IA). - El acto por el que una persona concede una ventaja o beneficios (*preferences*) a otra queda afectado por las disposiciones de la *Insolvency Act* si reúne las condiciones siguientes: 1ª) si la persona en favor de la cual se otorga la *preference* es uno de sus acreedores o un fiador o garante⁴ de una de sus deudas u otras obligaciones; 2ª) si se hace o tolera cualquier cosa que produzca el efecto de poner a aquella persona en una posición tal que, en caso de insolvencia, supone para ella una ventaja respecto de la situación en que se encontraría si aquello no se hubiera hecho o tolerado; 3ª) si la *preference* se consintió por el deseo de mejorar a esa persona en caso de insolvencia respecto de la posición que habría tenido en caso de no concederse la *preference*.

Cuando se ha realizado o tolerado un acto constitutivo de una ventaja en favor de un acreedor que le mejora con respecto a los demás en caso de insolvencia, deberá analizarse si se trata de una *preference* afectada por las disposiciones de la *Insolvency Act*. Para ello se acude a criterios objetivos: si se le concedió una prioridad a la que él no tenía derecho (*he is not entitled*) o se le permitió recibir un mayor dividendo que otros acreedores de la misma clase⁵.

Pueden constituir *preferences* los pagos totales o parciales en favor de acreedores no garantizados, que son preferidos así sobre otros acreedores que no pueden cobrar su crédito. En cuanto a los pagos en favor de acreedores que gozan de garantía, no serán nunca una *preference* salvo que la suma pagada exceda del valor de la garantía. El acto de constitución de garantía en favor de una deuda ya existente significará usualmente una *preference*⁶.

⁴ Parece que si se trata de un fiador o garante, hay que distinguir según se haya visto obligado o no al pago. En el primer caso, la *preference* es admisible. En el segundo caso, sin embargo, no está permitida (BERRY / BAILEY / SCHAW-MILLER; *Personal insolvency, law and practice*, second edition, Butterworths, 1993, pág. 369).

⁵ BERRY / BAILEY / SCHAW-MILLER; *Personal insolvency, law and practice*, second edition, Butterworths, 1993, pág. 369.

⁶ BERRY / BAILEY / SCHAW-MILLER; *Personal insolvency, law and practice*, Butterworths, second edition, 1993, pág. 369.

La orden del órgano jurisdiccional que puede afectar a estos actos requiere prueba del elemento subjetivo que acompañó al acto realizado o consentido. La realización o tolerancia de un acto que suponga una *preference* sólo puede ser declarada sin efectos por los jueces cuando quede probado que el deudor lo realizó o toleró movido (*influenced by a desire*) por el deseo de poner a una persona en mejor posición ante su insolvencia que la que habría tenido de no realizarse o tolerarse el acto.

2.2. El "momento relevante" (section 341 IA)

El juzgado sólo puede dar una orden respecto de una *transaction at an undervalue* o de una *preference* si se realizó en tiempo relevante. A efectos de la determinación del *relevant time*, la *Insolvency Act* distingue entre los siguientes supuestos:

1º Transaction at an undervalue: La orden puede afectar, en todo caso, a los actos de este tipo realizados en los *dos años* anteriores a la fecha de la presentación de la solicitud de declaración de la insolvencia. Puede afectar también a los actos de este tipo realizados en los *cinco años* anteriores a la presentación de la solicitud de declaración de la insolvencia, siempre y cuando el deudor era insolvente al tiempo de hacerlos o devino insolvente por ello. En este periodo, se presume legalmente *iuris tantum* la insolvencia del deudor.

2º Preferences: La orden del juzgado que puede afectarles requiere, junto a la prueba del ánimo del deudor de beneficiar al acreedor sobre los demás, la prueba de la insolvencia del deudor al tiempo de realización del acto. Una vez probado esto, la orden puede afectar en todo caso a los actos realizados o tolerados en los *seis meses* anteriores a la solicitud de la declaración de la insolvencia.

Si, además, se probase que la persona mejorada por la *preference* fue cómplice en el móvil o intención de ser beneficiado respecto de los restantes acreedores, puede afectar la orden a todos los actos realizados en los *dos años* anteriores a la fecha de solicitud de la declaración de insolvencia.

Se considera que el deudor es insolvente, según la *section 341.3 IA*, desde el momento en que no dispone de medios suficientes para hacer frente al pago de sus deudas vencidas, o si el valor de sus bienes es inferior a su pasivo, teniendo en cuenta sus

obligaciones condicionales y en perspectiva (*contingent and prospective liabilities*)⁷.

2.3. Legitimación activa

Sólo el síndico puede solicitar la orden (*order*) jurisdiccional que afecte a la *transaction at an undervalue* o a la *preference*⁸. No se habla de "impugnación", sino de solicitud o petición del recurso o del remedio (*application for remedy*). Así, el síndico (*trustee*) solicita del juzgado una orden o disposición que afecte al acto en cuestión, y demanda tanto al tercero que participó del acto como al deudor. La solicitud se toma en nombre de la masa y cualquier suma pagada al síndico por un tercero en las condiciones de la orden forma parte de los bienes de la masa.⁹

2.4. Ordenes para restaurar el patrimonio deudor

El órgano jurisdiccional puede dictar tantas órdenes como crea conveniente para reintegrar el patrimonio deudor y devolverlo así a la posición que tendría si no se hubieran llevado a cabo los actos constitutivos de *transactions at an undervalue* o de *preferences*¹⁰. Sin perjuicio de ese poder general de los órganos jurisdiccionales competentes, la *Insolvency Act (section 342.1 IA)* enumera varias órdenes específicas que pueden darse a estos efectos. Así, el órgano competente puede, entre otras órdenes, revocar cualquier propiedad transferida; desgravar, en todo o en parte, una garantía dada; requerir a una persona al pago o devolución de los beneficios recibidos de parte del deudor insolvente;...¹¹

⁷ BERRY / BAILEY / SCHAW-MILLER; *Personal insolvency, law and practice*, second edition, Butterworths, 1993, pág. 373.

⁸ Sections 339.1 y 340.1 IA.

⁹ BERRY / BAILEY / SCHAW-MILLER; *Personal insolvency, law and practice*, second edition, Butterworths, 1993, págs. 373-374.

¹⁰ Sections 339.2 y 340.2 IA.

¹¹ BERRY / BAILEY / SCHAW-MILLER; *Personal insolvency, law and practice*, second edition, Butterworths, 1993, pág. 374.

2.5. Protección de los terceros

La ley ha previsto (*section 342 IA*) que ninguna orden del juzgado debe perjudicar los intereses de terceros que hayan adquirido la propiedad de buena fe y por su valor (*for value*), sin tener noticia de que se podía perjudicar el interés de terceros ni de que el acto puede ser afectado por la orden del juzgado en virtud de la *section 339 ó de la 340 IA (relevant circumstances)*; o bien que el deudor haya sido declarado insolvente.

III. TRATAMIENTO DE LAS "TRANSACTIONS DEFRAUDING CREDITORS"

Junto a las disposiciones previstas para recuperar el activo del que dispuso indebidamente el deudor antes de la declaración de insolvencia, la *Insolvency Act* desarrolla otra medida especial de tutela del derecho de crédito que tiene juego fuera del procedimiento de concurso o quiebra: la posibilidad de que el órgano judicial declare sin efectos los negocios del deudor dirigidos a defraudar a los acreedores. Esta medida se corresponde con la impugnación pauliana de los sistemas latinos. Antes de la *Insolvency Act* de 1986, este poder general de los jueces podía ejercitarse en virtud de la *Law of Property Act* de 1925. La propuesta de reforma encontró finalmente camino en la *Insolvency Act* 1986, que concede amplias facultades de actuación sobre aquellos negocios realizados con el propósito de poner el capital fuera del alcance de los acreedores¹².

III.1. La ley anterior a la *Insolvency Act* de 1986

Según la *Law of Property Act* de 1925, *section 172.1*: "*every conveyance of property¹³ made...with intent to defraud¹⁴ creditors, shall be voidable, at the instance of any*

¹² BERRY / BAILEY / SCHAW-MILLER; *Personal insolvency, law and practice*, second edition, Butterworths, 1993, pág. 393.

¹³ "Conveyance of property".- El artículo se refería sólo a las *conveyances* (compraventas). Se ha cuestionado si tan sólo comprendía las compraventas de propiedad documentadas o bien si se aplica a cualquier acto de disposición. La disposición legal en su origen tenía un contenido más amplio: "*for the avoiding and abolishing of feigned, covinous*

*person thereby prejudiced*¹⁵". Para salvaguardar al comprador de buena fe, la ley establecía que no fuera aplicable esta disposición "*to any estate or interest in property conveyed for valuable consideration and in good faith to any person not having, at the time of the conveyance, notice of intent to defraud creditors*" (section 172.3). Es decir, a instancia del perjudicado podía declararse sin efectos toda transmisión de propiedad realizada con intención de defraudar, salvo cuando el tercero era de buena fe, no tenía conocimiento de la intención de defraudar¹⁶, y había adquirido el bien a cambio de un precio correspondiente a su

and fraudulent feoffments, gifts, grants, alienations, conveyances, bonds, suits, judgments, and executions, as well of lands and tenements as of goods and chattels..." (13 Eliz c 5). Es discutible que en el contexto de la legislación de 1925, se pretendiese que esta regla (art. 172) fuese tan amplia como la norma que reemplazaba, según la cual cualquier disposición de propiedad sería incuida bajo ese artículo. La *section* ha sido aplicada a transmisiones de bienes muebles (*equitable reversionary interests in personal property*). No se estima, sin embargo, aplicable a los pagos en dinero. Todo ello según C. BERRY, E. BAILEY, y S. SCHAW-MILLER, en *Personal insolvency, law and practice*, (Butterworths, second edition, 1993, pág. 394).

¹⁴ "Intent to defraud".- Es preciso que el acreedor que persigue la rescisión de la transmisión demuestre la intención de defraudar. Sin embargo, esta intención puede presumirse de las circunstancias de la transmisión. "*The intention to defraud may be inferred from the fact that the conveyance was made with an eye to the future, as when the conveyance is made by an individual who is about to engage in a hazardous endeavour. While a fraudulent intent may readily be presumed when the individual making the conveyance cannot pay his debts without the property conveyed that in not sufficient by itself to obtain an order. Even where the grantor is unable to pay his debts the conveyance will not be avoided where it appears that he had not intention to defraud*". (BERRY / BAILEY / SCHAW-MILLER; *Personal insolvency, law and practice*, second edition, Butterworths, 1993, pág. 394-395).

¹⁵ Puede solicitarse por el perjudicado, salvo si el deudor se encuentra en estado de quiebra, en cuyo caso puede solicitarse sólo por el síndico. (BERRY / BAILEY / SCHAW-MILLER; *Personal insolvency, law and practice*, second edition, Butterworths, 1993, pág. 395).

¹⁶ Un cesionario que esté enterado de que la transmisión perjudica a los acreedores del cedente debe presumirse que tuvo noticia de la intención fraudulenta por parte del cedente. (BERRY / BAILEY / SCHAW-MILLER; *Personal insolvency, law and practice*, second edition, Butterworths, 1993, pág. 396).

valor¹⁷. Una vez probados estos extremos, puede declararse la ineficacia del acto, que no se extenderá más allá de lo que sea necesario para pagar a los acreedores¹⁸.

III.2. La *Insolvency Act* de 1986 (sections 423-425)

No puede decirse que el vigente sistema británico de impugnación extraconcursal de los actos del deudor realizados en fraude de acreedores se rija por criterios objetivos. Antes bien al contrario, se exige con carácter general la prueba del elemento subjetivo del fraude. La intención de defraudar que tuvo el deudor se exige en todo caso como elemento del fraude. En cuanto a los terceros, sólo quedarán protegidos frente a los acreedores cuando se trate de adquirentes de buena fe y a título oneroso y el precio sea el correspondiente al valor de la cosa.

2.1. Las sugerencias del comité de reforma

El comité para la reforma de la regulación de la insolvencia recomendó que se rectificase y clarificase la *section 172* de la *Law of Property Act 1925*, siguiendo las siguientes directrices: 1ª) que la disposición recogida en el precepto fuera aplicable a los pagos, así como a cualquier acto de disposición de la propiedad conste o no en documento escrito; 2ª) que la intención que es necesario probar para la declaración de ineficacia del acto sea una intención por parte del deudor de defraudar, y que tal intención pueda ser inferida cuando es la natural y probable consecuencia de las acciones del deudor, a la luz de sus circunstancias económicas; 3ª) que el artículo se aplique a cualquier disposición hecha con la necesaria intención; pero que no se aplique cuando el comprador de buena fe no advirtió al tiempo de la adquisición la intención fraudulenta del deudor. Estas recomendaciones

¹⁷ "An innocent transferee who takes an estate or interest in the property in good faith for valuable consideration and without notice of the intent to defraud is protected by the Act." (BERRY/ BAILEY / SCHAW-MILLER; *Personal insolvency, law and practice*, second edition, Butterworths, 1993, pág. 395).

¹⁸ "The avoidance of the settlement does not, however, extend any further than is necessary to pay the creditors". (BERRY/ BAILEY/ SCHAW-MILLER; *Personal insolvency, law and practice*, second edition, Butterworths, 1993, pág. 395).

quedaron plasmadas en las *sections* 423-425 de la nueva ley, salvo en lo relativo a la posibilidad de inferir la intención del deudor como natural y probable consecuencia a la luz de su situación económica¹⁹.

2.2. Requisitos para la reparación del daño

Según se establece en la *section* 423 1A, el solicitante de la declaración de ineficacia del acto debe probar lo siguiente respecto del deudor, sea este último persona física o jurídica: 1º que ha negociado una transmisión de dominio con otra persona por valor inferior al de la cosa (*at an undervalue*)²⁰; 2º que lo hizo bien con el propósito de poner el activo fuera del alcance de una persona que está demandándole o puede demandarle, o bien con la intención de causar un perjuicio al interés de tal persona en relación con la demanda que está haciendo o puede hacer²¹. Una vez reunidos estos requisitos, el órgano

¹⁹ BERRY / BAILEY / SCHAW-MILLER; *Personal insolvency, law and practice*, second edition, Butterworths, 1993, pág. 396.

²⁰ "Transactions at an undervalue".- La definición se aplica a los negocios realizados por el deudor insolvente antes de la declaración de insolvencia o por cuenta de las compañías antes de la liquidación. Un deudor "*enters into a transaction with another person at an undervalue if:*

- a) *he makes a gift to that other person, or the terms of the transaction provide for him to receive no consideration;*
- b) *he enters into a transaction with that other person in consideration of marriage; or*
- c) *he enters into a transaction with that other person for a consideration, the value of which, in money or money's worth, is significantly less than the value, in money or money's worth, of the consideration provided by the debtor."* (BERRY / BAILEY / SCHAW-MILLER; *Personal insolvency, law and practice*, second edition, Butterworths, 1993, pág. 397). Esto es, se considera *transaction at an undervalue*, en términos generales, toda transmisión de bienes realizada sin contraprestación, o por razón del matrimonio, o por un contravalor significativamente inferior al del bien.

²¹ "The debtor's purpose".- Antes de aplicar las *sections* 423-425 1A, el órgano jurisdiccional competente debe considerar probado que la transmisión impugnada fue acordada por el deudor bien con el propósito de poner sus bienes fuera del alcance de quien está demandándole o puede demandarle, o bien de perjudicar el interés de la persona en relación con la demanda iniciada o que se puede formular. Sin embargo, a efectos de la declaración de ineficacia del acto es irrelevante la buena o mala fe del tercero: "*The presence or absence of bad faith or knowledge on the part of the other party to the transaction is not relevant here, merely the debtor's personal purpose. If this purpose is established, it is irrelevant that the other party believed that the debtor was expressing his gratitude. Neither*

jurisdiccional puede disponer lo que crea conveniente para devolver el patrimonio del deudor a la situación en que se encontraría si la transmisión no hubiera sido realizada, y para proteger así el interés de aquellos que fueron víctima del negocio fraudulento.²²

2.3. La orden del órgano jurisdiccional en aplicación de las sections 423-425

El órgano jurisdiccional competente puede disponer la orden que crea conveniente con objeto de devolver el patrimonio del deudor a la situación patrimonial en que se encontraría de no haberse llevado a cabo el acto, a fin de proteger los intereses de los perjudicados por esos negocios (*victims of the transactions*). A estos efectos, se enumeran en la *section 425-1 1A* diversas disposiciones aplicables. Así, el órgano jurisdiccional podrá reclamar o revocar la propiedad que ha sido transferida a un tercero o en beneficio de otros; liberar o desgravar un bien de una garantía; obligar al beneficiario de la propiedad transferida a pagar la deuda; *revivir* las obligaciones de una fianza o garantía absuelta por el deudor; y, por último, disponer la constitución de una garantía para el pago de una obligación.

2.4. Efectos para terceros

Las disposiciones ordenadas por el órgano jurisdiccional pueden afectar a la propiedad o imponer una obligación al adquirente del bien fraudulentamente enajenado, o incluso a terceros distintos de la persona que contrató con el deudor. No obstante, se protege

are the debtor's good intentions relevant if the result of the transaction meets the statutory purpose." (BERRY / BAILEY / SCHAW-MILLER; *Personal insolvency, law and practice*, second edition, Butterworths, 1993, pág. 398). Al tasar los propósitos del deudor, se considerarán todas las circunstancias objetivas. En particular se medirá cualquier disposición hecha por el deudor en comparación a cuando tenía medios económicos suficientes. Este tipo de tasación se pone por delante de la propia demostración del deudor sobre el propósito de la transmisión.

La carga de la prueba recae sobre el demandante. Los acreedores posteriores al acto celebrado por el deudor están también legitimados para solicitar la declaración de ineficacia, si consiguen probar que al realizar el acto el deudor tenía la intención de defraudar sus intereses.

²² BERRY / BAILEY / SCHAW-MILLER; *Personal insolvency, law and practice*, second edition, Butterworths, 1993, pág. 397.

al tercero de buena fe en determinados supuestos y se dispone -lo veíamos antes- que los jueces no podrán aplicar estas disposiciones cuando perjudiquen cualquier derecho adquirido por una persona de buena fe, por el valor del bien (*for value*), y sin tener noticia de las *relevant circumstances*²³ (*section 425 1A*).

²³ Se entiende por *relevant circumstances* aquellas circunstancias que den salida a la aplicación de la *section 423*, es decir, aquellas que permiten al órgano jurisdiccional decidir que la transacción impugnada era a bajo precio (*at an undervalue*) y se realizaba con el propósito de poner los bienes fuera del alcance de los acreedores o lesionar sus intereses (BERRY /BAILEY /SCHAW-MILLER; *Personal insolvency, law and practice*, second edition, Butterworths, 1993, pág. 401).

RESUMEN Y CONSIDERACIONES FINALES

Los acreedores, después de haber perseguido los bienes de que esté en posesión el deudor para realizar cuanto se les debe, pueden (...) impugnar los actos que el deudor haya realizado en fraude de su derecho (art. 1.111 CC). Esta acción, conocida tradicionalmente con el nombre de acción pauliana, hunde sus raíces en el Derecho romano y se conserva actualmente en los sistemas jurídicos de nuestro entorno.

El origen de la acción tiene lugar en un edicto de Adriano que se recogió después en el Digesto (42, 8). La interpretación del edicto es discutida. Según la tesis mayoritaria (Lenel), en el texto se contienen dos remedios contra el fraude: un *interdictum fraudatorium* (D. 42, 8, 10; para los acreedores) y una *restitutio in integrum* (D. 42, 8, 1; correspondiente sólo al administrador concursal o *curator bonorum*). Solazzi añade un tercer recurso, una *actio in factum* que el pretor concede en ocasiones contra terceros de buena fe. También otros romanistas (Kipp, Kaser, X. D'Ors) se refieren a la existencia de este remedio frente a terceros de buena fe. En la Epoca del Derecho justiniano tiene lugar la refundición de estos recursos en una única acción (Kipp), o la transformación del interdicto en acción (X. D'Ors). Según el texto del Digesto, la acción podía concederse con independencia del conocimiento que el tercero tuviera o no del fraude en los siguientes casos (entre otros): Para las donaciones, los legados, la pérdida de las servidumbres por la falta de uso, la derrelicción, la remisión de deuda, el pago anticipado, la prenda por un crédito antiguo (este caso es discutible porque se encuentran textos contradictorios), la dote,...

Es discutido el momento a partir del cual empieza a denominarse la acción con el nombre de pauliana. El Derecho romano parece olvidarse en la práctica durante la Alta Edad Media. Serán los glosadores de la Escuela de Bolonia (finales del siglo XI-siglo XII) quienes vuelvan a considerar el *Corpus Iuris* y den a sus textos una renovada vitalidad. Azón esculpe la concepción romana del fraude de acreedores sobre dos elementos: el *consilium fraudis* o ánimo fraudulento del deudor y del tercero (elemento subjetivo del fraude), y el *eventus damni* o lesión del derecho de crédito (elemento objetivo del fraude). Accursio señala que en ocasiones puede presumirse el fraude porque es evidente (por ejemplo, para los actos

gratuitos, la constitución de prenda en favor de un acreedor, la dote, el pago de una deuda no vencida, la derrelicción, la asunción de nuevas obligaciones...). La acción revocatoria, por responder a necesidades de la vida jurídica se desarrolla también en el Derecho Estatuario (S. XIII), con una orientación práctica que tiende a establecer presunciones que faciliten la prueba del fraude. Lo mismo ocurre en la etapa posterior de la Escuela de Bolonia con los juristas postaccursianos, así como en la Escuela de Orleans y en la doctrina de los Comentaristas (S. XIII).

La acción revocatoria se consolida de este modo en los sistemas jurídicos francés e italiano, pero se distingue entre la revocatoria extraconcursal -que es la que conocemos hoy propiamente con el nombre de pauliana y nace en el Derecho romano- y la revocatoria de la quiebra, que germina más bien en el Derecho Estatutario. La primera se plasmará en sus respectivos códigos civiles, francés e italiano, mientras que la segunda encontrará en el Código de comercio francés primero y en la ley francesa de quiebras después, así como en la ley de quiebras italiana su último asiento. También en Alemania, como en España, la recepción del Derecho romano tuvo lugar por la influencia de la Escuela de Bolonia. Pero en Alemania la acción revocatoria se recogerá finalmente en dos leyes procesales, una concursal (*Konkursordnung* de 1877) y otra extraconcursal (*Anfechtungsgesetz* de 1879). Ambas normas recibieron la influencia francesa, según Kipp. Se han publicado dos nuevas leyes alemanas que vienen a reemplazar a las que acabamos de citar (*Insolvenzordnung* y *Einführungsgesetz zur Insolvenzordnung*, que previsiblemente entrarán en vigor a partir de 1999) y que conservan este tipo de acciones con ese carácter marcadamente procesal (dentro del procedimiento de insolvencia declarada, o tras el embargo infructuoso, respectivamente) si bien con algunas modificaciones en cuanto a las condiciones para su ejercicio. La acción conserva de este modo el carácter marcadamente ejecutivo que tuvo en su origen en el Derecho romano. En España, sin embargo, la acción pauliana siguió la trayectoria de los sistemas francés e italiano, en el sentido de que -en vez de canalizarse por la vía procesal- siguió su cauce por las vías civil y mercantil.

En la Península Ibérica, las Partidas de Alfonso X (1256-1265 o 1263) contienen el régimen jurídico del tratamiento de los actos fraudulentos que permanecerá vigente hasta la promulgación de nuestro Código civil (P. V, tít. XV, leyes VII-XII). Las pautas de tratamiento del fraude son semejantes a las que se plasmarán finalmente en el Código. Los contratos onerosos sólo son revocables cuando se pruebe que el tercero tuvo

conocimiento de la intención fraudulenta del deudor. Las transmisiones de bienes sin contraprestación, sin embargo, son revocables cuando por su causa no pudiese el acreedor hacer efectivo el cobro de sus créditos. En la obra de Hevia Bolaños (1790) se explica que son revocables los pagos hechos por cuenta de deudas no vencidas, entre otros actos. Las Ordenanzas de Bilbao (1713) representan el primer régimen jurídico completo de la quiebra que tenemos y constituyen un precedente del vigente Código de comercio, no tanto por el contenido -que recibe la directa influencia francesa- como porque desde entonces se viene distinguiendo un régimen especial para el proceso concursal de los comerciantes en el que existen acciones revocatorias especiales o, si se prefiere, particulares supuestos de ejercicio de una acción revocatoria.

El régimen de las Partidas será definitivamente derogado y suplido por la entrada en vigor del Código civil (1889). En el Proyecto de Código de 1851 que le sirve de base se regula *la rescisión de las obligaciones a instancia de los acreedores*. Para ello se emplea un concepto subjetivo de fraude que cuenta siempre con el ánimo fraudulento del deudor (o, al menos, la conciencia de su insolvencia y, por tanto, del daño que causaba). La impugnación sólo es posible cuando, junto a la lesión del derecho de crédito provocada por el acto quede probada la existencia de esa farsa subjetiva. Es el mismo concepto de fraude que encontramos actualmente en el régimen jurídico italiano. Por ejemplo, los actos gratuitos se pueden impugnar prescindiendo de la buena o mala fe del tercero, pero sólo se presume el fraude si el deudor era consciente de la insolvencia (según comenta García Goyena). Este concepto subjetivo del fraude es el que hereda nuestro Código civil y en torno a él se comienza a desarrollar nuestra doctrina y la jurisprudencia de la primera mitad de siglo. Sólo para los pagos por cuenta de deudas no vencidas se prevé en el Proyecto una norma que permite la rescisión por el acto jurídico en sí mismo lesivo, sin contar con la intención que movió al deudor o su conciencia del daño. Es el artículo 1.180 del Proyecto, y es el único precepto en materia de régimen general de la rescisión por fraude cuyo contenido se reproduce después en el Código civil (art. 1.292).

Sin embargo, la redacción definitiva del Código civil hará posible el manejo de un concepto objetivo del fraude. El régimen general de la acción pauliana queda plasmado finalmente en los artículos 1.111, 1.291-3º, 1.292, 1.294, 1.295-II-III, y 1.297 a 1.299 CC. Otros preceptos complementan este régimen para supuestos específicos (arts. 643, 403, 1.001, 1.083, 1.317 y 1.937 CC). Además, nuestro ordenamiento recoge las acciones

revocatorias especiales de la quiebra en el Código de comercio (arts. 879-882 CCo). Asistimos actualmente a un proceso objetivador de los remedios contra el fraude reconocido por la doctrina y -tras ella- por la jurisprudencia. Aunque el Código civil emplea un concepto subjetivo del fraude, es posible manejar también un concepto objetivo porque se permite impugnar determinados actos que son en sí mismos lesivos del derecho de crédito (arts. 1.297-I, 643 y 1.292 CC). El elemento objetivo, la insolvencia o imposibilidad de hacer efectivo el cobro derivada del acto impugnado, es lo único que requiere en esos casos el ejercicio de la acción. Por tanto, los efectos de la revocatoria pueden alcanzar al tercero de buena fe en más ocasiones de las que a primera vista pudiera parecer. No obstante, recientemente se ha defendido la noción subjetiva del fraude, en contra de la actual tendencia objetivadora (Cristóbal Montes; *La vía pauliana*, Tecnos, 1997, págs. 139-153).

El ejercicio de la acción pauliana se resuelve en un procedimiento declarativo. La acción puede ejercitarse o bien antes o bien después de la vía de apremio. Veamos. De un lado, el ejercicio de la acción no requiere una sentencia previa de condena al pago, será suficiente con que el acreedor acredite que se le debe cierta cantidad. Ahora bien, la jurisprudencia actual exige que si el acreedor hubiera iniciado la vía de apremio, ésta sea agotada o de lo contrario denegará el ejercicio de la acción, que es subsidiaria (art. 1.291-3º CC). Una vez agotada la vía de apremio puede ejercitarse la acción pauliana.

Al mirar lo que ha previsto el legislador suizo o el alemán, vemos que la revocación procede en estos sistemas bien en el procedimiento concursal, bien con posterioridad al embargo infructuoso, pero no antes. Hasta aquí, creemos que es más ventajoso nuestro sistema porque es más flexible: El acreedor puede optar por ejercitar la acción o bien antes o bien después de la vía de apremio. Si la ejercita antes y se estima su pretensión, puede que ya no sea necesario acudir a la vía de apremio (si consigue que el deudor le pague). Al fin y al cabo se trata de que el acreedor pueda cobrar lo que se le debe. Mirando los sistemas suizo y alemán, vemos que se tiene presente el interés de los terceros demandados de modo que si son de buena fe sólo tienen obligación de restituir en la medida del enriquecimiento (así, § 11-2 de la EGIinsO alemana, y art. 291-III LP suiza). A la misma solución podemos llegar también interpretando nuestros preceptos legales con un concepto objetivo de fraude. De otro modo, ¿vamos a tratar siempre al tercero como si fuera de mala fe porque se presume el fraude? ¿Vamos a exigirle la restitución o, si no es posible, la indemnización correspondiente? No creemos que sea así y a probarlo dedicamos el primer

capítulo.

En el sistema británico se dota al juez de libertad para adoptar las medidas que estime oportunas pero evitando en todo caso que los adquirentes de buena fe y por el valor de la cosa, *for value*, queden perjudicados (*section 425* de la IA británica). La *Insolvency Act* de 1986 regula en Gran Bretaña los procedimientos de insolvencia frente al acreedor individual y la concursal o colectiva, y contiene la posibilidad de que el acreedor o los síndicos -según los casos- impugnen los actos celebrados por el deudor en perjuicio del derecho de crédito. A estos efectos distingue entre contratos celebrados por el valor de la cosa y las llamadas *transactions at an undervalue*, de manera que auna bajo un mismo tratamiento tanto las liberalidades como los contratos onerosos con notable falta de equivalencia de las prestaciones. Quizás debiéramos también nosotros proponer algo semejante. Este aspecto del Derecho británico nos parece relevante porque -fuera de la relación *inter partes*- advierte que se debe tener en cuenta el sustrato económico del negocio cuando entran en conflicto los intereses de los acreedores de uno de los contratantes. Creemos que no es del todo heterodoxo sostener algo así también conforme a nuestro ordenamiento, si manejamos un concepto objetivo de fraude. Sobre ello discutimos en el capítulo quinto. Por cierto que también el Derecho suizo equipara a las donaciones los actos por los que el deudor acepta un precio notablemente inferior al valor de su prestación dando lugar a la restitución del enriquecimiento (arts. 286 y 291-III LP). Pasemos a ver algunos casos en que nuestro ordenamiento admite la objetivación del fraude y qué criterios generales podemos extraer a raíz de su estudio.

EN BUSCA DE UN CONCEPTO PURAMENTE OBJETIVO DE FRAUDE: LA DONACION REALIZADA POR EL INSOLVENTE

I. Introducción

II. Del donatario y las deudas del donante (art. 643 CC)

II.1. El origen del precepto

II.2. El artículo 880.5º CCo y el artículo 340 de la Compilación catalana

II.3. El artículo 1.297-I CC y la aportación del artículo 643 CC al régimen general de la acción pauliana

III. La situación jurídica vulnerable del donatario de buena fe

III.1. La debilidad del título gratuito

IV. La objetivación del concepto de fraude

V. Conclusiones

I. INTRODUCCION

En virtud del principio de responsabilidad patrimonial, el deudor responde con todos sus bienes -presentes y futuros- del cumplimiento de la obligación (art. 1.911 CC). El principio encuentra en nuestro ordenamiento los cauces necesarios para su aplicación práctica cuando el deudor es solvente⁵. Por el contrario, cuando el deudor requerido al cumplimiento es insolvente, la finalidad protectora del derecho de crédito que persigue el principio de responsabilidad patrimonial se ve frustrada por la ausencia de bienes en el patrimonio deudor que garanticen el cumplimiento de la obligación.

La confusión entre responsabilidad patrimonial y garantía quedó ampliamente superada a raíz del excepcional trabajo de Federico De Castro: *"La acción pauliana y la responsabilidad patrimonial. Estudio de los arts. 1.911 y 1.111 del Código civil"* (R.D.P., 1932, págs. 193-228). En la trayectoria jurídica española, este estudio imprime una línea de pensamiento clara y decisiva, reconocida (Lohmann Luca de Tena⁶, Lalaguna⁷, Cristóbal

⁵ Al comentar el art. 1.911 CC, GULLON BALLESTEROS (*Comentario del Código civil*, II, Ministerio de Justicia, 1993, pág. 2055) explica que *en este precepto se consagra el principio de la responsabilidad patrimonial universal de todo deudor que incumpla sus obligaciones, lo que conlleva la garantía para sus acreedores de poder satisfacerse en forma forzosa sobre sus bienes actuales y los que pueda adquirir en el futuro* (También lo señalaba el autor en los *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, XXIV, Edersa, 1984, art. 1911, pág. 662). Siempre que esa garantía resulte efectiva decimos que el deudor es solvente.

⁶ LOHMANN LUCA DE TENA; *Apuntes para una distinta aproximación a la acción Pauliana*, R.G.L.J., 1984, págs. 469-506, pág. 469.

⁷ LALAGUNA; *La acción revocatoria y la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, R.G.D., 1993, nº 582, págs. 1259-1278, pág. 1273.

Montes⁸. Orduña Moreno⁹), sobre la que bien pueden apoyarse las reflexiones posteriores acerca de la relación entre responsabilidad y garantía patrimonial, y la naturaleza de la acción revocatoria. El trabajo del Profesor De Castro se ha destacado con razón como punto de partida de una reinterpretación por parte de la doctrina del tratamiento del fraude en los actos a título gratuito¹⁰. Por estas razones, hemos querido exponer de modo sistemático las aportaciones a esta materia que Federico De Castro desarrolla en la obra a que nos referimos:

I. La acción revocatoria no nace de la responsabilidad patrimonial del deudor (pág. 198), en todo caso, es complemento de la responsabilidad. En este sentido, y frente a la teoría del patrimonio como prenda general (Rocco), De Castro opone que de otro modo *se borraría la trascendental división entre derechos reales y derechos de obligación, en dirección opuesta, diametralmente, a la de la teoría obligacionista: todas las relaciones obligatorias constituirán derechos reales* (pág. 195); que se desvirtúa el derecho de prenda (pág. 194) y la propia noción de derecho real como poder de hecho sobre la cosa (pág. 195).

II. Niega que de la relación obligatoria emane derecho alguno en favor del acreedor sobre las cosas del obligado: *"El deudor responde tan sólo; el responder con todos los bienes significa que estos bienes -si se dan los supuestos legales- serán destinados al pago de las deudas. Esta posible afección no crea un derecho en los bienes, sino a los bienes"* (pág. 195). *"No puede admitirse que la acción revocatoria (...) sea originada de una vinculación real del patrimonio"* (pág. 198). Por esta razón, no puede sostenerse que exista una obligación legal del tercero de devolver lo adquirido de quien era insolvente, en virtud de una supuesta vinculación patrimonial o de un deber de respetar el destino del patrimonio (Cosack) (pág. 196).

III. El deudor responde con los bienes presentes en el momento, si llegase, en que su patrimonio fuera sometido a ejecución para el cumplimiento de la obligación, así como con los que adquiriera después (pág. 195). De Castro niega la posibilidad de extender esa garantía a los bienes que ya fueron enajenados del patrimonio deudor (pág. 200).

⁸ CRISTOBAL MONTES; *La vía pauliana*, Tecnos, 1997, págs. 14, 48, 58, 69, 172-173, entre otras.

⁹ También se apoya en la distinción entre responsabilidad y garantía formulada por De Castro, ORDUÑA MORENO (*La acción rescisoria por fraude de acreedores en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, JB, 2ª ed., 1992, págs. 126 y siguientes).

¹⁰ Así lo pone de manifiesto LALAGUNA (*La acción revocatoria y la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, R.G.D., 1993, nº 582, págs. 1259-1278, pág. 1273).

IV. De Castro niega también que exista un deber del deudor de conservar esa garantía (Endemann; Pacchioni) del que pueda afirmarse que se derive la acción revocatoria, y para ello utiliza el método de reducción al absurdo: *"junto a la deuda (deber de prestar) habría otra nueva deuda (deber de no lesionar el derecho de los acreedores, de no dilapidar su patrimonio); esta segunda deuda hay que pensar que, o es una deuda natural (deuda sin responsabilidad), y entonces sería ineficaz, por no ser exigible, o que junto a ella se da una nueva responsabilidad, que coexistirá independiente de la primera, responsabilidad que, a su vez, tendrá su deber correspondiente de no lesionar los derechos de los acreedores, y así hasta el infinito"* (pág. 198). Además, este deber del deudor no sería suficiente para justificar que se impusiera al tercero la devolución del bien enajenado (pág. 198).

V. En definitiva, es fundamental distinguir entre responsabilidad y garantía, para una correcta construcción de la relación entre obligación y patrimonio. Así, De Castro matiza: *"Acompaña la responsabilidad a la deuda jurídica como la sombra al cuerpo, aunque, a veces, como la misma sombra, se quede en simple posibilidad, en potencia. Los bienes sobre los que recae o puede recaer la ejecución -bienes presentes y futuros- no forman la responsabilidad sino la garantía, por eso es posible hablar de responsabilidad aunque sea insolvente el deudor. (...). La responsabilidad no es otra cosa que potencia, y requiere para hacerse efectiva la garantía"* (pág. 196).

VI. Finalmente, la posibilidad de exigir del tercero la devolución del bien adquirido queda explicada del siguiente modo: *"La acción revocatoria se produce por existir una disminución de la garantía, merma que, al suponer un daño injusto para el acreedor, en cuanto queda insatisfecha su causa credendi, le permite pedir la declaración de ineficacia de ciertos actos jurídicos que, además de serles perjudiciales, son inferiores, en valor jurídico, a su derecho. La revocación colabora, desde fuera, a la efectividad de la responsabilidad, pero no surge, ex substantia, de ésta"* (pág. 198).

La acción pauliana consiste en la legitimación otorgada por el legislador al acreedor para que impugne los actos jurídicos realizados por el deudor insolvente que sean, mediata o inmediatamente, lesivos de su derecho¹¹. Pero no dispone nuestro ordenamiento

¹¹ Sobre el fundamento de la acción pauliana, DE CASTRO (*La acción pauliana y la responsabilidad patrimonial*, R.D.P., 1932, pág. 202) confirma la unánime opinión doctrinal: *"Existe rara conformidad entre los tratadistas al decir que la finalidad de la acción revocatoria es evitar un perjuicio a una persona, según reglas de equidad y justicia"*. LOHMANN LUCA DE TENA (*Apuntes para una distinta aproximación a la acción Pauliana*, R.G.L.J., 1984, págs. 469-506) estima que la acción pauliana hunde sus raíces en los principios sustantivos del derecho privado, especialmente en la protección de la buena fe y en la defensa de los terceros frente al uso abusivo o antisocial de los derechos (art. 7 CC). El autor subraya que la acción pauliana es una *medida judicial* que impide la persistencia del abuso (pág. 479) y considera el fraude de acreedores como una especie del fraude a la ley (págs. 470 y ss.). También DIEZ-PICAZO (*Fundamentos del Derecho civil Patrimonial*, II,

de un mecanismo claro para el tratamiento del fraude. Por ejemplo, ¿qué sentido tiene que al margen del régimen general de la pauliana (arts. 1.111, 1.291-3º, 1.292, 1.294, 1.295-II y III, 1.297-1.299 CC) se haya dispuesto otra norma especial para la donación (art. 643 CC)? ¿Qué sentido tiene decir que el donatario *responderá* de las deudas del donante insolvente? La interpretación que hagamos del artículo 643 del Código civil puede ser, como veremos, determinante para la definición de las bases de un sistema de tratamiento del fraude de acreedores conforme a nuestro ordenamiento. El texto del precepto es el siguiente:

"No mediando estipulación respecto al pago de deudas, sólo responderá de ellas el donatario cuando la donación se haya hecho en fraude de los acreedores."

"Se presumirá siempre hecha la donación en fraude de los acreedores, cuando al hacerla no se haya reservado el donante bienes bastantes para pagar las deudas anteriores a ella".

De su lectura puede deducirse, o bien la responsabilidad *ex lege* del donatario por las deudas del donante insolvente, o bien una posible afección de los bienes del deudor al pago de sus deudas cuando los enajena sin contraprestación y en estado de insolvencia. Pero el precepto admite también un juego distinto, si entendemos que el legislador formuló por medio de él una concreción de la acción pauliana, que permite revocar el acto de donación a fin de reintegrar el bien en el patrimonio deudor y así hacer posible la satisfacción del derecho de crédito. Como veremos a continuación, no contamos con una doctrina clara ni unánime a la hora de interpretar el artículo 643 CC.

4ª ed., Civitas, 1993, págs. 732-733) ha señalado que *cabe establecer que el fraude de acreedores no es sino una species facti particularizada del fraude de la ley, que históricamente y mediante un característico proceso de evolución ha dado lugar a unas especiales medidas de protección de los intereses de los acreedores, cuya aplicación es en la actualidad en muy buena medida independiente de la idea misma de fraude.* ORDUÑA MORENO (La acción rescisoria por fraude de acreedores en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, 2ª ed., JB, 1992, págs. 129 y ss.) ha revisado la cuestión sobre cual sea el fundamento de la acción, y niega que sea la estricta equidad (pág. 133).

II. DEL DONATARIO Y LAS DEUDAS DEL DONANTE (ART. 643 CC)

La ubicación del artículo 643 CC entre los que se dedican a la regulación de la donación; su íntima conexión con el artículo 642 que le precede, pueden inducir a una cierta confusión acerca de cual sea la naturaleza de la acción que emana del mismo¹². Manresa ha predicado de estos dos preceptos que *determinan los efectos de la donación con relación a los acreedores*¹³. Sin embargo, ¿es responsable el donatario por las deudas del donante insolvente aunque nada se haya pactado (art. 643 CC), como lo es cuando se obligó por la donación al pago de las deudas del donante (art. 642 CC)? ¿Pueden los acreedores dirigirse contra él directamente para reclamar el pago, sin impugnar la donación?

Partidaria de una respuesta afirmativa parece la opinión de algunos autores (Lacruz¹⁴, Kipp¹⁵), que distancia así el art. 643 CC del régimen general de tratamiento del fraude de acreedores; la medida que contiene este artículo sería distinta de la acción pauliana. Difusa o menos perfilada aparece en general la respuesta a estas cuestiones (entre otros, Puig

¹² Según el artículo 621 CC, las donaciones *se regirán por las disposiciones generales de los contratos y obligaciones en todo lo que no se halle determinado en este título* (Tit. II; Libro III: "De la donación"). El precepto no resuelve la cuestión sobre si el art. 643 CC cubre toda la regulación del tratamiento de la donación realizada en estado de insolvencia (atribuyendo *ex lege* la responsabilidad al donatario) o si, por el contrario, puede entenderse relacionado con la genérica acción revocatoria por fraude de acreedores (art. 1.111 CC).

¹³ MANRESA; *Comentarios al Código civil español*, V, Madrid, 1896, pág. 136.

¹⁴ LACRUZ (*Elementos de Derecho civil*, II-3º, 2ª ed., LB, 1986, págs. 143-144) considera que el artículo 643 CC contiene *una medida más dura que la rescisión, cual es la posibilidad del acreedor de dirigirse contra el donatario para hacer efectivo su crédito sobre todos los bienes de éste y que ello hace innecesaria, en principio, la rescisión por fraude*. E insiste: "La donación, simplemente por serlo, se presume realizada en fraude de acreedores (art. 1.297 Cc.). Pero en el caso del art. 643 el fraude de acreedores obliga al donatario a pagar las correspondientes deudas con su propio peculio" (pág. 144).

¹⁵ Así parecía entenderlo KIPP (*Impugnación de los actos "in fraudem creditorum", en Derecho romano y en el moderno Derecho alemán, con referencia al Derecho español*, R.D.P., 1924, págs. 1-23, pág. 15). El jurista alemán compara el régimen del art. 643 CC con las normas germanas, y determina: "Independiente de las normas sobre impugnación parece el (...) art. 643 (...). Nuestro Derecho no contiene nada semejante a esta norma. Sólo cuando es todo un patrimonio o una herencia lo que se dona viene el donatario obligado a responder en todo caso de las deudas que pesen sobre el patrimonio o sobre la herencia (...), y los mismos preceptos se aplican a la enajenación de una herencia o de un patrimonio a título oneroso."

Brutau¹⁶, Pérez y Alguer¹⁷, Castán¹⁸, Espín¹⁹, Sánchez Román²⁰, o Valverde²¹). Encontramos, por último, un sector de la doctrina autorizada que afirma que, de acuerdo con

¹⁶ PUIG BRUTAU (*Fundamentos de Derecho civil*, II, Bosch c.e., 1982, págs. 93-94), sin hacer referencia alguna a la acción pauliana, señala entre los efectos de la donación el siguiente: "*Si la donación se ha hecho sin reservarse el donante bienes bastantes para pagar las deudas anteriores a ella, (...) el donatario responde de las deudas del donante (...). De esta manera prevalece justamente el interés de los acreedores sobre el de quien se limita a recibir un beneficio.*". A la vez, al explicar la rescisión de los contratos, únicamente alude al art. 643 cuando comenta, en torno a la presunción de fraude del art. 1.297 CC, que *hubiese sido mejor que la ley afirmara, sin ninguna clase de presunción, que un deudor no puede sustraer bienes a la acción de sus acreedores a base de enajenarlos a título gratuito. En realidad, es lo que hace el artículo 643, párr. 2º* (*Fundamentos de Derecho civil*, II-1º, Bosch c.e., 1988, págs. 336-337).

¹⁷ PEREZ y ALGUER (*Notas a Enneccerus*, II-1, Bosch c.e., 1966, § 122, págs. 216-217), aunque se mueven en el marco de la acción pauliana, opinan que los artículos 1.297.I y 643 CC tienen -cada uno- *su propio campo de aplicación y sus consecuencias específicas*, y que tan sólo este último da lugar a la consecuencia *de que el donatario responda de las deudas del donante*.

¹⁸ CASTAN (*Derecho civil español, comun y foral*, IV, Reus S.A., XIV ed., 1988, pág. 245), al tratar del pago de las deudas del donante, no se pronuncia expresamente sobre este punto, limitándose a exponer las expresiones y el contenido de los arts. 643 y 642 CC. Por otro lado, cuando trata el tema de la acción pauliana (*Derecho civil español, comun y foral*, III, Reus S.A., XV ed., 1988, págs. 287-303), tan sólo aparecen referencias indirectas al art. 643 al citar en notas a pie a otros autores que encuentran en él un apoyo para predicar el carácter *iuris et de iure* de la presunción del art. 1.297 CC (pág. 297).

¹⁹ ESPIN (*Manual de Derecho civil español*, III, Edersa, 6ª ed., 1983, pág. 596), entre los efectos que produce la donación en casos especiales indica que el donatario responde de las deudas del donante cuando *se le haya impuesto esa obligación o si la donación se hizo en fraude de acreedores*. El autor, no hace ninguna alusión al art. 643 CC cuando, en el mismo volumen citado, desarrolla el estudio de la acción pauliana (págs. 330-340).

²⁰ SANCHEZ ROMAN (*Estudios de Derecho civil*, IV, 2ª ed., Madrid, 1899, pág. 706) apunta -en cuanto al contenido, efectos y límites de la donación- que *cuando en la donación no mediara estipulación de dicho pago de deudas del donante por el donatario, sólo se considera éste obligado a ello en el caso de haberse hecho la donación en fraude de los acreedores*. Y, el mismo autor, cuando enumera los preceptos que regulan el fraude de acreedores (*Derecho civil español, común y foral*, 2º, IV, 2ª ed., 1899, pág. 606) omite el art. 643 CC, lo que quizás sea significativo de una distinción entre dos regímenes (el del 1.297-I CC y el del 643 CC).

²¹ VALVERDE (*Tratado de Derecho civil*, III, 4ª ed., Talleres Bibliográficos Valladolid, 1937, pág. 452) se limita a afirmar que el artículo 643 CC, como el anterior, determinan los *efectos de la donación con relación a terceros*.

nuestro ordenamiento, el donatario tan sólo es responsable por las deudas del donante cuando voluntariamente se obligó a ello de modo expreso (Díez-Picazo y Gullón²²), al aceptar la donación gravada por ese modo (Albaladejo²³), y que conecta el artículo 643 CC con el régimen de la pauliana. Distinta de las demás es la teoría defendida por Scaevola, que intenta una construcción que trate de distinto modo al donatario de buena fe y al de mala fe²⁴, y que fué parcialmente criticada por De Castro²⁵.

Esta gama de opiniones muestra las posibilidades reales que ofrece el artículo 643 del Código civil. Pero son posibilidades incompatibles entre sí, por lo que se hace preciso profundizar en la interpretación del precepto. Para ello hemos estudiado los siguientes aspectos:

II.1. El origen del precepto

La ausencia de un precepto semejante en el proyecto de Código civil de 1851²⁶ hace que la novedad que supone el artículo 643 del Código civil pueda interpretarse

²² DIEZ-PICAZO y GULLÓN; *Instituciones de Derecho Civil*, I, tecnos, 1995, págs. 648-649.

²³ ALBALADEJO (*Comentario del Código civil*, I, Ministerio de Justicia, 1993, arts. 642-643, pág. 1629) señala que *aun si es que quien donó mermó por ello su patrimonio hasta dejarlo insuficiente para pagar sus deudas, el donatario tampoco responde de éstas, aunque ciertamente los acreedores, ejercitando la acción pauliana, pueden impugnar la donación y conseguir cobrar sus créditos incluso sobre los bienes que recibió el donatario. El donatario, sólo si se le impuso tal carga, tiene obligación de pagar las deudas del donante.*

²⁴ A juicio de SCAEVOLA (*Código civil*, XI, Madrid, 1896, pág. 653) si el donatario es de buena fe no responde por las deudas del donante salvo que se obligue a ello expresamente; pero si el donatario es de mala fe responde de la totalidad del pago de las deudas del donante (págs. 651-652).

²⁵ DE CASTRO (*La acción pauliana y la responsabilidad patrimonial*, R.D.P., julio-ag./1932, pág. 216-217) critica la posibilidad de convertir al donatario de mala fe en *una especie de fiador universal del donante*, con arreglo al artículo 643 CC, y se muestra partidario de una remisión al régimen general de la impugnación pauliana.

²⁶ El precepto no tiene precedentes directos en el Proyecto de 1851. No existe en el Proyecto un artículo que, como el 643 CC, se refiera en particular a la donación fraudulenta y a la posible responsabilidad del donatario por las deudas del donante insolvente.

Sí existía, con carácter general, en el Proyecto de 1851 un precepto paralelo al actual

como expresión de una voluntad del legislador dirigida a separar el régimen de la donación realizada en estado de insolvencia, del régimen general de la rescisión por fraude. Podría decirse incluso que la objetivación del fraude en caso de donación es tal que su tratamiento queda escindido del general, y la preferencia del interés del acreedor sobre el del donatario se plasma en la responsabilidad directa de éste frente a aquél por el pago de la deuda (con el límite del valor de lo donado).

Tanto Scaevola²⁷ como Manresa²⁸ localizan el origen del precepto en el artículo 1470 del primigenio Código civil portugués²⁹. Según indican estos comentaristas, el precepto fue reproducido en otros Códigos (Méjico, Baja California), así como por nuestro Proyecto de Código civil de 1882. En éste, además, se añadió una cláusula limitativa de la responsabilidad del donatario al valor de los bienes donados. Esto ya es un indicio de que la expresión que encontramos en el artículo 643 (*responderá*), referida al donatario, no supone que sea él un nuevo obligado. No hay transmisión pasiva de la deuda; esto iría en contra de lo dispuesto en el art. 1.205 CC³⁰.

1.297-I CC: Se trata del artículo 1.179, que encontramos entre los que se dedicaron a la regulación del fraude de acreedores. El texto del artículo es el siguiente: *"Las enajenaciones a título gratuito hechas por el deudor en estado de insolvencia, serán rescindibles como fraudulentas a instancia de los acreedores"*.

Tampoco en los códigos de algunos sistemas cercanos al nuestro (Francia, Italia, Suiza) existe un artículo paralelo al 643 de nuestro Código civil. El inmediato precedente es el artículo 642 del proyecto de Código de 1882, que se inspira en el artículo 1.470 del Código portugués, como veremos a continuación. ¿Era preciso introducir este precepto en nuestro ordenamiento, teniendo presente la regulación general del fraude de acreedores? ¿Qué función cumple el precepto en nuestro sistema?

²⁷ SCAEVOLA; *Código civil*, XI, Madrid, 1896, pág. 653.

²⁸ MANRESA; *Comentarios al Código civil español*, V, Madrid, 1896, pág. 141.

²⁹ El precepto decía así: *"A falta de estipulación respecto a las deudas del donante, se observará lo siguiente:*

1º Si la donación fuese de ciertos y determinados bienes, el donatario no responderá de las deudas del donante, excepto en caso de hipoteca o de fraude de los acreedores.

2º Si la donación fuere de la totalidad de los bienes, responderá el donatario de todas las deudas del donante anteriormente contraídas, salvo haciendo declaración en contrario."

³⁰ Como han señalado DIEZ-PICAZO y GULLON (*Instituciones de Derecho civil*, I, tcnos. 1995, pág. 649): *"Es discutible lo que significa esa "responsabilidad" del donatario. Creemos que los acreedores no deben sufrir sin un consentimiento un cambio de deudor ni debe entenderse que ese efecto se produce ex lege. Por ello, faltando aquél consentimiento*

El legislador del Código modifica a su vez la redacción del texto del Proyecto de 1882, y precisamente este giro puede interpretarse como una voluntad de abandonar la doctrina tomada del Código portugués. Esto mismo llevó a Scaevola a afirmar: *"El Código actual, dando un cambio de frente, ha implantado la doctrina opuesta, más conforme con la naturaleza gratuita de la donatio. Por eso, cuando nada se ha estipulado respecto de las deudas del donante, el donatario no responde de ellas."*²¹.

Cabe señalar, por otra parte, que el propio legislador portugués, tras derogar su código decimonónico ha abandonado ese criterio. El nuevo Código civil portugués de 1966, cuando regula la obligación del donatario de pagar las deudas del donante se refiere tan sólo a la donación gravada con esa carga (art. 964 CC); y únicamente al tratar el régimen general de la *impugnação pauliana* (arts. 610-618) hace alusión a los actos gratuitos realizados en fraude de acreedores (art. 612).

II.2. El artículo 880-5º CCo y el artículo 340 de la Compilación catalana

Otras medidas aplicables a la donación realizada por el insolvente son las previstas en el artículo 880-5º CCo y en el artículo 340 de la Compilación catalana. En el primero de estos preceptos se establece que las donaciones realizadas por el deudor mercantil en los treinta días precedentes a la quiebra *se reputarán fraudulentas y serán ineficaces respecto a los acreedores*. Como vimos, la doctrina mercantilista estima que la presunción de fraude no admite prueba en contrario y que estas donaciones son siempre revocables. Se trata de un supuesto de fraude totalmente objetivado, que prescinde del elemento subjetivo o ánimo de defraudar. No sólo esto, sino que además prescinde también de si la donación provocó o incrementó la insolvencia, o si se hizo siendo solvente el deudor²². En todo caso, si se hizo en los treinta días precedentes a la quiebra, la donación es revocable. El hecho de

(expreso o tácito), es preferible interpretar que se autoriza la rescisión de la donación, con lo que la garantía patrimonial de deudor-donante se aumenta por el reintegro de los bienes donados".

²¹ SCAEVOLA; *Código civil*, XI, Madrid, 1896, pág. 653.

²² En este sentido, se distancia de la concepción tradicional de la acción revocatoria ordinaria, según la cual se exige siempre que la lesión se derive del acto impugnado.

que en este caso la medida prevista sea una acción revocatoria³³, nos inclina levemente a conectar el art. 643 CC con la acción revocatoria o pauliana.

Más interesante puede resultar el artículo 340 de la Compilación catalana. El precepto se ocupa de la donación realizada en estado de insolvencia, y emplea un sistema totalmente objetivado para la tutela del interés de los acreedores del donante. En torno a este artículo de la Compilación catalana se plantea también la cuestión de si es la acción pauliana el medio de tutela del derecho de crédito cuando estamos ante una donación o si la objetivación del fraude se desvía de los mecanismos de la impugnación o los hace innecesarios.

En el artículo 340-3 de la Compilación del Derecho civil especial de Cataluña directamente se establece que la donación *no perjudicará* a los acreedores del donante³⁴. Dice así: "*No perjudicarán a los acreedores del donante las donaciones que éste otorgue con posterioridad a la fecha del hecho o acto del que nazca el crédito de aquéllos, siempre que carezcan de otros recursos legales para su cobro*"³⁵. La preferencia del interés del acreedor sobre el del adquirente de buena fe a título gratuito³⁶ queda de este modo

³³ Nos remitimos a lo visto al tratar de la acción revocatoria de la quiebra.

³⁴ La objetivación del fraude en Cataluña estaba arraigada antes del texto de la Compilación. En efecto, a partir de 1503, cuando se aprueba la Constitución *Per tolre frauds*, quedó modificado el régimen romano de la acción revocatoria para el supuesto de defensa de los acreedores frente a las donaciones del deudor: se suprime la prueba del *consilium fraudis* para el ejercicio de la acción; además, se implanta *el juego de la publicidad registral de las donaciones en seguridad de dichos acreedores* (ROCA SASTRE; *La acción revocatoria de donaciones en la Compilación*, A.D.C., 1962, I, págs. 3 y ss., pág. 5).

Sobre estas cuestiones puede verse otro trabajo de ROCA SASTRE (*L'acció pauliana i la constitució "Per tolre frauds"*), publicado en la R.J.C., vol. XVI, abril-junio/1935, págs. 123 a 140. El trabajo se encuentra también recogido en *Estudios Varios*, I. de E., Madrid, 1988, págs. 243-257.

³⁵ Sobre el cómputo del plazo para el ejercicio de la acción, hay un trabajo de MEZQUITA DEL CACHO, "*Sobre la supuesta especialidad del derecho catalán respecto al cómputo de la caducidad de la acción rescisoria de donaciones en fraude de acreedores*", publicado en la Revista Jurídica de Catalunya (1994, 1, págs. 159-177).

³⁶ El concepto *donaciones* que emplea el artículo 340, 3, de la Compilación *hay que entenderlo en sentido equivalente a disposiciones a título gratuito* (ROCA SASTRE, R.M.^a.; *La acción revocatoria de donaciones en la Compilación*, A.D.C., 1962, I, págs. 3 y ss., pág. 13).

En idéntico sentido, EGEA FERNANDEZ (*Comentarios al Código civil y*

institucionalizada³⁷. Con Egea Fernández, cabe afirmar que *la supresión de la necesidad del consilium fraudis, hace que la Compilación parta de la base de que las donaciones, por sí mismas, comportan fraude -fraus re ipsa-, por lo que (...) se hace ociosa su prueba e incluso su presunción*³⁸.

Acerca de este precepto de la Compilación catalana, Roca Sastre ha dicho que *es el resultado de un interesante proceso evolutivo de la regulación de la acción revocatoria o pauliana a partir del Derecho romano, en orden a los actos de enajenación a título gratuito*³⁹; y que, además, representa un avance en relación con la regulación del Código civil⁴⁰. Esta es, a juicio del autor, la *tendencia más avanzada*⁴¹ en la evolución del tratamiento del fraude.

También en otros sectores de la doctrina española ha causado admiración la regulación catalana. Así, por ejemplo, Lacruz opina que *este "no perjudicarán" supone un remedio más eficaz que la pauliana*⁴²; o Albaladejo, que estima que la forma de expresarse

Compilaciones forales, XXX, Edersa, 1987, comentario al art. 340 de la Compilación catalana, págs. 800-822, pág. 816).

³⁷ En la misma línea de la *debilidad del título gratuito* a que antes nos referíamos, EGEA FERNANDEZ (*Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, XXX, Edersa, 1987, art. 340 de la Compilación catalana, págs. 800-822, pág. 821) señala que *el título del donatario (...), a pesar de ser perfectamente válido, queda debilitado y cede frente a la posición jurídica del acreedor*.

³⁸ EGEA FERNANDEZ; *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, XXX, Edersa, 1987, art. 340 de la Compilación catalana, págs. 800-822, pág. 815.

³⁹ ROCA SASTRE; *La acción revocatoria de donaciones en la Compilación*, A.D.C., 1962, I, págs. 3 y ss., pág. 3.

⁴⁰ "El citado artículo 340, 3, de la Compilación catalana ha venido a reforzar aún más la acción revocatoria o pauliana en materia de donaciones, no sólo comparativamente con la regulación romana, sino con el Código civil, ya que si bien éste representa un importante avance al presumir "iuris tantum" el fraude en el donante, no llega a estimar que aquí el fraude surge de los mismos hechos, que es el criterio seguido por dicho precepto compilador." (ROCA SASTRE, R.M^a.; *La acción revocatoria de donaciones en la Compilación*, A.D.C., 1962, I, págs. 3 y ss., pág. 11).

⁴¹ Así lo expresa ROCA SASTRE (*La acción revocatoria de donaciones en la Compilación*, A.D.C., 1962, I, págs. 3 y ss., pág. 5).

⁴² LACRUZ; *Elementos de Derecho civil*, II-3º, LB, 1986, pág. 144.

la Compilación es más correcta, en este punto, que la del Código⁴³.

En relación con cuál sea el mecanismo procedente para hacer efectiva esta disposición, no parece que exista una doctrina clara en Cataluña; o al menos no es unánime. Nos encontramos, en cambio, ante una división de pareceres doctrinales que si bien suelen coincidir al afirmar que con esta medida se refuerza la acción pauliana (Roca Sastre⁴⁴), en ocasiones conducen sus consecuencias hacia un régimen de inoponibilidad (Egea⁴⁵, Roca Trias y Puig Ferrol⁴⁶). Si realmente se trata de una técnica más avanzada, ¿en qué consiste ese avance? ¿Cuáles son sus consecuencias?

⁴³ ALBALADEJO; *Comentario del Código civil*, I, Ministerio de Justicia, 1993, arts. 642-643, pág. 1632.

⁴⁴ ROCA SASTRE (*La acción revocatoria de donaciones en la Compilación*, A.D.C., 1962, I, pág. 12) afirma que la medida tomada en el artículo 340 de la Compilación no supone dejar *el cauce propio de la acción revocatoria o pauliana en las donaciones, ya que se limita a reforzarla*.

⁴⁵ También EGEA FERNANDEZ (*Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, XXX, Edersa, 1987, art. 340 Compilación catalana, págs. 800-822) estima que con el precepto *se consigue reforzar la eficacia de la acción revocatoria* (pág. 815); que se trata de la acción pauliana (págs. 815 y ss.); y que es acción de rescisión, no de nulidad (pág. 821). Sin embargo, pese a reconocer que se trata de la acción pauliana, el autor manifiesta que *la acción revocatoria de las donaciones en Cataluña tiene un carácter muy específico en tanto que se aparta del efecto de la reincorporación del bien donado al patrimonio del deudor / donante, restaurándose, simplemente, la responsabilidad sobre dichos bienes como si hubiesen retornado al patrimonio del deudor* (pág. 821). Y así, sostiene una construcción peculiar de los efectos de la revocatoria de donaciones en Cataluña: *con esta medida se aumenta la responsabilidad patrimonial universal, establecida en el artículo 1.911 del Código civil, a bienes que no son titularidad del deudor, pero que se ven afectados, precisamente, por el carácter gratuito de la enajenación* (pág. 821). El autor sostiene a la vez la naturaleza revocatoria de la acción y la inoponibilidad o ineficacia *ex tunc* del acto frente a los acreedores (pág. 821); ¿Cuál sería entonces el plazo de ejercicio de la acción? El autor le atribuye el plazo de cuatro años previsto en el Código civil para la rescisión de los contratos (pág. 822).

⁴⁶ ROCA TRIAS y PUIG FERROL (*Institucions del Dret civil de Catalunya*, I, 4ª ed., tirant lo blanch, 1993) se manifiestan en contra de aquellos autores partidarios de que el perjuicio en el artículo 340 de la Compilación catalana se construye como un *fraus re ipsa* y que por ello afirman que no elimina la acción pauliana sino que la refuerza. En su opinión, el artículo tan sólo se fija en el perjuicio y no en el fraude, por lo que se supera la presunción de fraude del art. 1.297-I CC y se pasa a una *presunción del perjuicio* (pág. 162). La acción no se dirige a obtener la ineficacia del acto, sino que los bienes continúan en el patrimonio del donatario pero afectos al pago, y responden de las deudas del donante (pág. 166).

Para Lacruz, el art. 340 de la Compilación catalana significa *la posibilidad de desconocer la transferencia, e intentar el cobro sobre los bienes donados allí donde se encuentren, es decir, dirigiéndose contra el titular actual*⁴⁷.

Para Albaladejo, sin embargo, el avance no supone que estemos ante una técnica distinta de la pauliana, sino que se refiere a una mejor redacción del texto legal. El Profesor propone una modificación del art. 643 CC que se aproxime al texto catalán; una redacción prudente para un nuevo art. 643 CC, en que se dijera que *si a causa de la donación, los bienes del donante hubieren quedado insuficientes para atenderlas (las deudas del donante), el acreedor podrá obtener la ineficacia frente a él de la donación, y así cobrarse sobre los bienes donados*⁴⁸.

En definitiva, el hecho de que la doctrina catalana suela coincidir en que con esta medida se refuerza la acción pauliana, nos mueve nuevamente a pensar que el mecanismo para hacer efectivo lo dispuesto en el artículo 643 CC puede ser también la acción pauliana, y que el hecho de que estemos ante un supuesto objetivo de fraude no supone necesariamente apartarnos del régimen general según el cual es necesario impugnar el acto⁴⁹.

⁴⁷ LACRUZ; *Elementos de Derecho civil*, II-3º, LB, 1986, pág. 144.

⁴⁸ ALBALADEJO; *Comentario del Código civil*, I, Ministerio de Justicia, 1993, arts. 642-643, pág. 1632.

⁴⁹ En este sentido, RAGEL SANCHEZ (*Protección del tercero frente a la actuación jurídica ajena: la inoponibilidad*, tirant lo blanch, 1994, 268 páginas). Tras definir la inoponibilidad como *la facultad específica concedida por la ley a una persona, por el hecho de ser ajena a una actuación perfectamente válida, para que, sin necesidad de impugnarla, puedan actuar en defensa de sus intereses como si tales actos no se hubieran producido* (pág. 245), el autor estima que *sería erróneo equiparar la inoponibilidad a todo fenómeno jurídico en que la ley haya previsto que una actuación o situación no perjudique a un tercero* (pág. 245). Y, a los efectos que nos interesan, añade: *"Con esta concepción amplia de inoponibilidad se perdería toda la sistemática y toda la unidad interna de la figura, puesto que ciertos sectores de esa inoponibilidad habrían de concretarse atacando la eficacia del acto -caso de la rescisión- (...)"* (pág. 246).

II.3. El artículo 1.297-I CC y la aportación del artículo 643 CC al régimen general de la acción pauliana

Venimos inclinándonos a favor de la conexión del artículo 643 CC con el régimen general de la acción revocatoria por fraude de acreedores o pauliana (arts. 1.111 y 1.291-3º CC). De aquí surge la cuestión siguiente. En la regulación general de la acción pauliana ya ha previsto el legislador la presunción de fraude de los actos gratuitos (art. 1.297-I CC). ¿Es entonces el artículo 643 CC un precepto inútil? Y si no lo es, ¿qué aporta al régimen general de la acción revocatoria? Creemos que esta cuestión merecería un estudio aparte. Sin embargo, está tan estrechamente relacionada con la objetivación del fraude -y, en particular, con el tema de la donación del que nos ocupamos en este capítulo- que no debemos omitirla.

El tenor literal del primer párrafo del art. 1.297-I CC es el siguiente: "*Se presumen celebrados en fraude de acreedores todos aquellos contratos por virtud de los cuales el deudor enajenare bienes a título gratuito*". Un sector de nuestra doctrina opina que la presunción es *iuris tantum* y alega que en nuestro ordenamiento las presunciones legales admiten prueba en contrario salvo que expresamente se indique lo contrario (art. 1.251 CC; Manresa⁵⁰, Scaevola⁵¹, Castán⁵²)⁵³. En este sentido también parece que se orienta la S.T.S. de 8 de mayo de 1996⁵⁴. Pero es hoy doctrina dominante la que sostiene el carácter

⁵⁰ En este sentido se pronuncia, por ejemplo, MANRESA (*Comentarios al Código civil español*, VIII, Madrid, 1901, pág. 719).

⁵¹ SCAEVOLA; *Código civil*, XX, Madrid, 1904, pág. 938.

⁵² CASTAN; *Derecho civil español, común y foral*, III, Madrid, 1992, 16ª ed., pág. 49.

⁵³ También en el mismo sentido -y aunque personalmente sostiene lo contrario- cita MORENO QUESADA (*Comentario del Código civil*, II, Ministerio de Justicia, 1991, pág. 536) la doctrina *obiter dicta* de algunas sentencias del Supremo (en particular, las de fecha de 14 de enero de 1935 y 26 de septiembre de 1974) y señala que parte de nuestra doctrina aprecia ese carácter *iuris tantum* de la presunción del art. 1.297-I CC. En los *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales* (XVII-2º, Edersa, 1981, págs. 193-195), hace el mismo autor una exposición amplia de las distintas posiciones adoptadas por nuestra doctrina sobre esta cuestión.

⁵⁴ En ella declara el Tribunal Supremo que *las presunciones legales de fraude de acreedores tienen carácter "iuris tantum" y que la apreciación del fraude, por tratarse de una*

iuris et de iure de la presunción (De Castro⁵⁵, Lohmann⁵⁶, Díez-Picazo y Gullón⁵⁷, Puig Peña⁵⁸, Puig Brutau⁵⁹, Albaladejo⁶⁰, Moreno Quesada⁶¹), y se argumenta -en general- su relación con el art. 643-II CC ("*Se presumirá siempre...*"). Un ejemplo lo encontramos

cuestión de hecho, compete exclusivamente a la Sala de instancia.

⁵⁵ Así lo entendió y explicó DE CASTRO (*La acción pauliana y la responsabilidad patrimonial. Estudio de los arts. 1.911 y 1.111 del Código civil*, R.D.P., 1932, págs. 215-218). Señalaba que la doctrina en ese momento dominante defendía que la presunción del art. 1.297-I CC admite prueba en contrario, pero rechazaba esta idea argumentando que -en ese caso- quedaba en peor situación el donatario que inscribía que el que no lo hacía (art. 37 L.H.). Y salva esta cuestión acudiendo al art. 643 CC: "*La rotunda afirmación de la norma, al crear una presunción inatacable, iuris et de iure, no viene a ser más que una declaración legal, por la que se establece que toda donación es revocable si se demuestra la insolvencia del donante*" (pág. 217).

⁵⁶ LOHMANN LUCA DE TENA (*Apuntes para una distinta aproximación a la acción pauliana*, R.G.L.J., 1984, pág. 494) reconoce que la mayoría de la doctrina española admite el carácter *iuris tantum* de la presunción, pero indica que él se suma a la opinión de Albaladejo estimando que en el acto lucrativo la presunción debe ser "*iuris et de jure*". Y, entre otros argumentos, cita el art. 643 CC.

⁵⁷ DIEZ-PICAZO y GULLÓN (*Instituciones de Derecho civil*, I, tecnos, 1995, pág. 562) indican que la presunción del primer párrafo del art. 1.297 CC no admite prueba en contrario, mientras que la de su segundo párrafo sí la admite.

⁵⁸ PUIG PEÑA (*Teoría de la acción pauliana*, R.D.P., 1945, pág. 487, nota 18) señala algo que nos parece interesante. Dice así: "*Entendemos, sin embargo, que la presunción de fraude respecto a las enajenaciones a título gratuito (artículo 1.297, p. 1º) tiene una naturaleza especialísima, ya que sólo admite una prueba en contrario: la establecida en el párrafo segundo del artículo 643, o sea que al hacer la donación no se haya reservado el donante bienes bastantes para pagar las deudas anteriores*".

⁵⁹ PUIG BRUTAU (*Compendio de Derecho civil*, II, Bosch, 2ª ed., 1994, pág. 265) critica la solución que se desprende de la conexión entre los arts. 1.297-I y 1.251 CC: "*En realidad esta solución no es satisfactoria y hubiese sido preferible establecer sin presunción alguna que un deudor no puede sustraer bienes en la acción de sus acreedores mediante enajenaciones gratuitas*". Y a continuación se refiere al art. 643-II CC.

⁶⁰ ALBALADEJO (*Derecho civil*, II-1º, 8ª ed., LB, 1989, pág. 246) niega expresamente que la presunción del art. 1.297-I CC admita prueba en contrario.

⁶¹ En favor del carácter *iuris et de iure* de la presunción del art. 1.297-I CC se ha pronunciado MORENO QUESADA (*Comentario del Código civil*, II, Ministerio de Justicia, 1991, pág. 536; y en los *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales* (XVII-2º, Edersa, 1981, págs. 193-195, que destaca en este sentido la opinión de Lacruz y de Albaladejo, entre otras).

en la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de febrero de 1993⁶². También en la sentencia de 18 de enero de 1991⁶³ declara el Tribunal Supremo el carácter *iuris et de iure* de la presunción del artículo 1.297 CC. Doctrina reiterada después en las sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Navarra de 11 de diciembre de 1995⁶⁴ y de 16 de diciembre de 1996⁶⁵.

A nuestro juicio, la presunción de fraude de los actos celebrados a título gratuito no admite prueba en contrario porque la razón que justifica la revocación no es la mala fe de las partes sino -como comprobaremos después- la debilidad del título gratuito frente al oneroso de los acreedores. Así interpreta la doctrina la expresión "*siempre*" que se emplea en el art. 643 CC (Scaevola⁶⁶, Morales Moreno⁶⁷, Albaladejo⁶⁸, De Castro⁶⁹,

⁶² Aranzadi n° 774. En ella se declara que *el Tribunal de instancia ha obrado con todo acierto, ya que en efecto si la acción rescisoria por fraude de acreedores está incuestionablemente establecida por las Leyes en favor del acreedor burlado hasta el punto de que cuando la enajenación lo es a título gratuito el art. 1.297 del referido Texto Legal lo presume con presunción "iuris et de iure", es decir que no admite prueba en contrario como preceptúa el art. 643-2º del mismo Cuerpo Legal cuando como en el caso presente no se han reservado bienes bastantes para pagar las deudas anteriores a la donación ya que a raíz de ello solicitó el donante su declaración concursal (...).*

⁶³ Aranzadi n° 300.

⁶⁴ Aranzadi n° 9668.

⁶⁵ Aranzadi n° 8948.

⁶⁶ SCAEVOLA (*Código civil*, XI, Madrid, 1896, págs. 652-653) pone de manifiesto la imprecisión del precepto en este punto, pero no deja de afirmar que la donación es fraudulenta tanto si hubo mala fe por parte del donatario como si éste procedió *con la más escrupulosa rectitud*.

⁶⁷ MORALES MORENO (*Enajenaciones de bienes en fraude de acreedores*, Conferencia inédita pronunciada el 25 de marzo de 1992 en el seminario sobre *Problemas jurídicos de los actos en fraude de acreedores*, organizado por Management Forum España S.A.), en relación a las presunciones de fraude de los arts. 1.297.I y 643.II CC, declara que *aunque el CC hable de presunción de fraude, hoy en nuestro Derecho no ofrece duda que tal presunción no es "iuris tantum" (...). Es un supuesto de fraude tipificado por el CC.*

⁶⁸ ALBALADEJO (*Comentario del Código civil*, I, Ministerio de Justicia, arts. 642-643, pág. 1632; y *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, VIII-2º, Edersa, 1986, arts. 642-643, pág. 302) afirma en este sentido que *es la donación impugnabile, aun sin ser fraudulenta*. (El autor maneja aquí un concepto subjetivo de fraude). También Albaladejo, en *Derecho Civil* (II-1º, 9ª ed., 1994, pág. 225), señala que la expresión *siempre* denota el

Díez-Picazo y Gullón⁷⁰, Lohmann Luca de Tena⁷¹, Lacruz⁷², Moreno Quesada⁷³, De Cossio⁷⁴, Castán⁷⁵, Pérez y Alguer⁷⁶).

carácter *iuris et de iure* de la presunción.

⁶⁹ DE CASTRO (*La acción pauliana y la responsabilidad patrimonial*, R.D.P., 1932, págs. 193 y ss., pág. 217) lo afirma sin rodeos: "*La rotunda afirmación de la norma, al crear una presunción inatacable, iuris et de iure (...)*"; y acude como argumento decisivo a la expresión *siempre* que emplea el legislador al redactar el precepto (art. 643.II CC).

⁷⁰ DIEZ-PICAZO y GULLON (*Instituciones de Derecho civil*, I, tecnos, 1995, pág. 562) interpretan que la expresión *siempre* que emplea el precepto *indica aquél carácter de presunción iuris et de iure*.

⁷¹ LOHMANN LUCA DE TENA (*Apuntes para una distinta aproximación a la acción Pauliana*, R.G.L.J., 1984, págs. 469-506, pág. 495) se pronuncia en idéntico sentido que los anteriores.

⁷² LACRUZ (*Nociones de Derecho civil patrimonial*, 6ª ed. revisada y puesta al día por Delgado Echeverría, JB, 1992, pág. 291) dice en relación a la presunción del art. 1.297-I CC que *la presunción es aquí absoluta, sin que quepa aportar prueba en contrario: en realidad, tratándose de donaciones, no se requiere fraude, y sí solamente perjuicio de los acreedores*.

⁷³ MORENO QUESADA (*Comentario del Código civil*, II, Ministerio de Justicia, art. 1.297, pág. 536) explica que, pese al art. 1.251 CC, *la doctrina más caracterizada considera que tal presunción de fraude en el caso de las enajenaciones a título gratuito, no admite prueba en contrario: conclusión, correcta a mi entender, basada en el art.643, (...) -siguiendo a De Castro-, en el 1292, ya que si el deudor no puede pagar válidamente deudas no vencidas, menos aún podrá donar -siguiendo a Lacruz-, en el 1298 (...), así como en la justicia de la fórmula que da preferencia al interés del acreedor sobre el del beneficiario de la liberalidad posterior -siguiendo a Albaladejo-*.

⁷⁴ A. DE COSSIO (*Instituciones de Derecho civil*, I, Alianza editorial, 1975, pág. 332) afirma que la presunción de fraudulencia de los actos gratuitos no admite prueba en contrario.

⁷⁵ CASTAN (*Derecho civil español, común y foral*, III, Reus S.A., XV ed., 1988, pág. 297) no se pronuncia directamente, pero de sus comentarios en notas a pie se desprende que no duda del carácter *iuris et de iure* de la presunción del art. 643-II CC.

⁷⁶ No encontramos un pronunciamiento expreso al respecto por parte de PEREZ y ALGUER (*Notas a Enneccerus*, II-1, Bosch c.e., 1966, págs. 215-217) pero sí indican que la presunción de fraude hace posible la rescisión.

De la interpretación conjunta de ambos preceptos (arts. 1.297-I y 643 CC) entendemos que se deduce lo siguiente: El fraude se presume cuando el donante es insolvente (art. 1.297-I CC). El acreedor está legitimado para impugnar la donación si no dispone de otro medio para hacer efectivo el cobro de su crédito (art. 1.291-3º CC). En la medida en que esta presunción afecta al elemento subjetivo del fraude es *iuris tantum*, admite prueba en contrario: El donatario puede probar su buena fe. Mas no por ello quedará completamente libre de los efectos de la revocación de la donación. Digamos que la revocación de la donación se dará en todo caso si el donante es insolvente porque el donatario responde siempre de las deudas del donante cuando la donación es lesiva del derecho de crédito (art. 643 CC). Lo que ocurre es que el donatario puede ser de buena fe o de mala fe. En el primer caso sólo responderá por el enriquecimiento actual, por las razones que apuntaremos a continuación, y no por el valor de la cosa si por cualquier razón le es imposible devolverla. En el segundo caso, es decir, si es de mala fe, el donatario responde como todo adquirente que participó en el *consilium fraudis*, es decir, restituyendo la cosa o bien indemnizando por el valor de la cosa si no puede restituirla (art. 1.298 CC)⁷⁷. Como decíamos, la presunción de mala fe del donatario (art. 1.297-I CC) admite prueba en contrario y creemos que será suficiente para ello acreditar que no pudo tener conocimiento de la insolvencia del donante al tiempo de recibir la donación puesto que no era un hecho público y notorio, y alegando que no recibió tampoco ningún tipo de noticia de parte de los acreedores sobre la existencia del crédito impagado y que de ningún otro modo pudo conocer de la insolvencia, probando también que no constaba en el Registro dato alguno que pudiera habérselo dado a conocer.

Luego la donación es siempre fraudulenta cuando es lesiva del derecho de crédito, pero los efectos de la revocación son distintos según sea el adquirente de buena fe o de mala fe. Encontramos aquí la manifestación del concepto objetivo del fraude. Al establecer en su segundo párrafo la presunción *iuris et de iure* de fraude, el artículo 643 CC

⁷⁷ En todo caso, el donatario tiene derecho a retener el bien donado si paga las deudas del donante: No la totalidad de deudas anteriores a la donación, sino tan sólo en la parte equivalente al *valor del bien donado*. Así lo ponen de relieve, MANRESA (*Comentarios al Código civil español*, V, Madrid, 1896, pág. 139); y ALBALADEJO (*Comentario del Código civil*, I, Ministerio de Justicia, 2ª ed., 1993, pág. 1631; y en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, VIII-2º, Edersa, 1986, pág. 300). Con carácter general, entre otros, LACRUZ (*Nociones de Derecho civil patrimonial*, 6ª edición revisada y puesta al día por Delgado Echeverría, JB, 1992) indica refiriéndose a la rescisión de los contratos que *puede evitarse mediante el pago de la deuda y los daños y perjuicios (S. 25 junio 1907)*.

está contemplando el fraude objetivo, pues está poniendo de manifiesto la preferencia del interés de los acreedores sobre el del adquirente aun cuando se trate de un adquirente de buena fe. El donatario, también en ese caso, *responderá* (art. 643-1 CC)⁷⁸. El artículo 643 CC ha introducido en el Código civil el portillo por el que se abre paso el concepto puramente objetivo del fraude. Sólo probando la solvencia actual del deudor, sólo señalando otros bienes de éste que sean suficientes para el pago, puede el donatario enervar la acción y evitar la responsabilidad que establece el art. 643 CC (en este sentido, la S.T.S. de 31 de marzo de 1989⁷⁹), porque en ese caso desaparece el presupuesto para el ejercicio de la revocatoria (art. 1.291-3º CC).

Si nos asomamos al régimen general de la acción pauliana advertimos que el legislador está pensando en terceros de mala fe; Que es un régimen construido sobre un concepto subjetivo de fraude y, por consiguiente, tan sólo está previsto que el tercero

⁷⁸ El mismo ALBALADEJO (*Comentario del Código civil*, I, Ministerio de Justicia, 1993, arts. 642-643, pág. 1632; y en los *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, VIII-2º, Edersa, 1986, pág. 301), que sostiene -como hemos visto- la necesidad de impugnar por la acción pauliana la donación para hacer efectivo el pago a los acreedores del donante insolvente, afirma que existe *sujección, aun en sus manos* (del donatario), *de los bienes que recibió, para que los acreedores del donante que carece de otros puedan satisfacer sobre ellos sus créditos*. Sobre la *responsabilidad que alcanza al donatario por las deudas del donante* (ex art. 643 CC), dice lo siguiente: "(...) no es que realmente el donatario responda ni de una obligación que no contrajo ni de una deuda que debía y sigue debiendo el otro, y que el donatario no se comprometió a pagar, sino que los bienes que recibió que ciertamente son ahora suyos, resultarán afectos al pago de tales deudas a través de la impugnación de la donación mediante la acción pauliana que, prosperando, hará ineficaz frente al acreedor (del donante) que la interpone, la donación atacada" (Esto último en el *Comentario del Código civil*, I, Ministerio de Justicia, 2ª ed., 1993, arts. 642-643, pág. 1629; y en los *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, VIII-2º, Edersa, 1986, pág. 291).

⁷⁹ En la sentencia del Tribunal Supremo de 31 de marzo de 1989 se insiste en que *al no entrañar perjuicio para el acreedor la transmisión impugnada no puede ésta ser calificada de fraudulenta, como expresamente lo establece el (...) párrafo segundo del artículo 643 del Código Civil que sólo presume que la donación ha sido hecha en fraude de acreedores "cuando al hacerla no se haya reservado el donante bienes bastantes para pagar las deudas anteriores a ella"; y que al existir, por tanto, otros medios para hacerse pago de la deuda existente (según declaró la sentencia recurrida) la demanda es desestimable*. Y distingue el Tribunal Supremo: *"Por otro lado, la propia sentencia recurrida, después de consignar que con ello sería suficiente para la desestimación de la acción ejercitada, también declara probado "que no existió entre los otorgantes de la donación ánimo de defraudar a la entidad accionante", cuyos hechos probados han de ser mantenidos incólumes (...)*.

restituya la cosa o su valor cuando es de mala fe (arts. 1.295-II y 1.298 CC).

A nuestro juicio, precisamente en este punto radica la mayor aportación del art. 643 CC al régimen general de la pauliana. Según este precepto, el tercero (donatario) *responderá*. Si es de buena fe y la cosa ya no estuviera en su patrimonio porque la hubiera vendido, por ejemplo, deberá restituir al patrimonio del deudor (donante) sólo el valor del enriquecimiento. Esta es la aportación del artículo 643 CC al régimen general de la acción revocatoria: Que permite al acreedor dirigirse contra un tercero de buena fe para que restituya lo que adquirió del deudor insolvente en la medida del enriquecimiento actual. Que hace posible por tanto prolongar -una vez que se declara la ineficacia relativa del acto- las posibilidades de ejecución hasta los enriquecimientos que el deudor insolvente causó en los patrimonios de terceros.

El fundamento de la acción pauliana, la justificación de la revocación, se encuentra en la protección del acreedor frente a los actos de su deudor injustamente lesivos del crédito, como señaló De Castro. Este carácter injusto no sólo proviene de la mala fe con que el acto se realiza (por ejemplo, el contrato oneroso que se realiza con intención de evadir el bien fácilmente embargable y ocultar el dinero recibido a cambio). En otros casos, la injusticia de la lesión puede encontrarse en que no es admisible la obtención de un lucro a costa de causar un daño a otro. La acción pauliana queda entonces justificada por la debilidad del título gratuito y por el enriquecimiento injustificado. Del mismo modo se justifica la impugnación extraconcursal de los actos gratuitos en Alemania⁸⁰. De un lado puede decirse que la fuerza adquisitiva está limitada por la debilidad de la causa gratuita, que no justifica

⁸⁰ A diferencia de los sistemas latinos, en Alemania no se recoge la acción pauliana en el BGB. La impugnación extraconcursal de los actos jurídicos realizados en fraude de acreedores escapa del ámbito civil y queda regulada por la legislación procesal. Después de que resulte infructuoso el procedimiento ejecutivo, se admite la impugnación de determinados negocios, entre ellos los que se realizaron a título gratuito en el último año (o en los dos últimos años si el adquirente fuera el cónyuge del deudor), según la *Anfechtungsgesetz* de 1879. Pero la nueva ley reguladora de esta materia y que viene a reemplazar a la que acabamos de citar es más explícita. Nos referimos a la *Einführungsgesetz zur Insolvenzordnung* de 5 de octubre de 1994, que entrará en vigor en 1999. En esta ley se exceptúa de la regla general relativa a los efectos de la acción -que consiste en poner a disposición del acreedor el bien entregado o abandonado- el supuesto de prestaciones gratuitas, en que sólo deberá poner a disposición del acreedor lo recibido en la medida del enriquecimiento. En el primer caso (regla general del §11-1), el legislador hace referencia expresa a las reglas del enriquecimiento injusto. En el segundo caso (negocios gratuitos del § 11-2) se remite a ellas indirectamente.

la transmisión en perjuicio de acreedores. De otra parte podemos afirmar -porque el fundamento de la acción está también en el enriquecimiento sin causa suficiente- que si la cosa se hubiera perdido sin mala fe del donatario o hubiera salido de su patrimonio a título gratuito y siendo de buena fe, no está obligado éste a restituir de ningún modo. Se le podrá exigir la restitución del bien al subadquirente a título gratuito⁸¹.

Luego queda descartada, en primer lugar, la idea de que el artículo 643 CC se convierta en un precepto inútil si lo ponemos en relación con la acción pauliana y, en particular, con el art. 1.297-I CC. Veníamos rechazado, en segundo lugar, la idea de que el art. 643 CC contenga una acción especial, distinta de la pauliana. Esto por una razón: Estaríamos ante la posibilidad de ejercitar dos acciones distintas en el caso de una donación realizada en estado de insolvencia, la del 643 CC o la pauliana. Esto supone distintos plazos, distintos presupuestos, distintos efectos, e incluso distinta legitimación pasiva (más amplia en la pauliana). Y no parece conveniente porque se trataría de un régimen no desarrollado en el Código civil, y tampoco por la doctrina⁸² ni por la jurisprudencia⁸³. Además, el art.

⁸¹ En esto coincide unánimemente la doctrina española. Por ejemplo, PUIG BRUTAU (*Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, II-I, Bosch, 1954, págs. 350-351) explica que sin duda la doctrina exacta consiste en afirmar que el segundo o ulterior adquirente es responsable a los acreedores, excepto cuando haya realizado su adquisición a título oneroso y de buena fe. Y señala que aunque el artículo 1.295 se refiera sólo a subadquirentes que no sean de mala fe, debe entenderse además que la protección de éstos requiere además la onerosidad de su título, ya que este artículo está referido a los contratos onerosos y además -parafraseando a Roca Sastre- porque en esta materia de acción Pauliana se considera tan natural que el subadquirente a título gratuito no esté protegido, que resulta ociosa toda precisión. En el mismo sentido, entre otros, CASTAN (*Derecho civil...*, III, 16ª ed., Reus S.A., 1992, pág. 337); y DIEZ-PICAZO y GULLON (*Instituciones de Derecho civil*, I, tecnos, 1995, pág. 563).

⁸² Es mayoritaria la doctrina que conecta de algún modo el art. 643 con el régimen general de la pauliana. Por ejemplo, MANRESA (*Comentarios al Código civil español*, V, Madrid, 1896, págs. 138 y 140); DE CASTRO ("*La acción pauliana y la responsabilidad patrimonial. Estudio de los arts. 1911 y 1111 del Código civil*", R.D.P., julio-ag./1932, pág. 217); MARTIN RETORTILLO (*La lucha contra el fraude civil, (la acción pauliana)*, Bosch, 1943, págs. 48 y 59); ALBALADEJO (*Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, VIII-2º, Edersa, 1986, pág. 301; y en el *Comentario del Código civil*, I, Ministerio de Justicia, 1993, art. 643, pág. 1632).

Siguiendo a De Castro, ORDUÑA MORENO (*La acción rescisoria por fraude de acreedores en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, 2ª ed., JB, 1992, pág. 126, nota nº 104) estima que el artículo 643 contiene una disposición dictada en defensa de los acreedores contra el fraude, que -junto a otras- no pueden considerarse propiamente como "otros casos"

643 CC sería un obstáculo para el ejercicio de la acción pauliana, que es subsidiaria. El hecho de que no se haya empleado como vía alternativa o distinta de la pauliana a lo largo de un siglo justifica suficientemente que lo consideremos como una acción revocatoria.

Para confirmar la idea de que en nuestro Código civil coexiste, junto a un concepto subjetivo del fraude, la noción del acto jurídico fraudulento como acto jurídico en sí mismo lesivo del derecho de crédito vamos a estudiar la vulnerabilidad de la situación jurídica del donatario de buena fe.

III. LA SITUACION JURIDICA VULNERABLE DEL DONATARIO DE BUENA FE

¿Es suficiente la cualidad de acreedor para accionar en algún caso frente a un tercero de buena fe, es decir, para accionar más allá de la relación acreedor-deudor, y frente a un tercero en ausencia de una obligación *ex delicto*? Algunos han admitido una objetivación del fraude, bajo este aspecto, y la han aproximado a la objetivación que ha sufrido la responsabilidad extracontractual⁸⁴. Al prescindir del elemento culpable, dirían, el presupuesto para la responsabilidad aquiliana ha quedado reducido a la *lesión*; al prescindir del elemento culpable cuando se trata de donación, el presupuesto para la revocatoria por fraude también quedaría reducido al elemento objetivo o *lesión del derecho de crédito*. A nuestro juicio, sin embargo, a la objetivación del fraude no se llega por una objetivación de la responsabilidad sino por el enriquecimiento que no está justificado cuando provoca una lesión del derecho de crédito. El fundamento de la acción pauliana sigue siendo, como cuando hay mala fe, la lesión injusta del derecho de crédito.

(art. 1.291.5º CC), sino comprendidas dentro del art. 1.291, 3º CC.

⁸³ Señalan la relación entre el art. 643 CC y el régimen general de la pauliana las sentencias del Tribunal Supremo de 9 de noviembre de 1966 (Aranzadi nº 4860); de 31 de marzo de 1989 (Aranzadi nº 2289); de 16 de febrero de 1993 (Aranzadi nº 774). También las sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Navarra de 11 de diciembre de 1995 (Aranzadi nº 9668) y de 16 de diciembre de 1996 (Aranzadi nº 8948).

⁸⁴ En este sentido, SINAY (*Action paulienne et responsabilité délictuelle a la lumière de la jurisprudence récente*, Rev. trim. dr. civ., 1948, págs. 183 y ss.).

La acción pauliana es, como recuerda De Castro, *ataque*⁸⁵. Al impugnar el acto jurídico realizado por el deudor, entran en conflicto el derecho del acreedor al cobro de su crédito y el derecho del tercero a retener el bien. En esa pugna vence el título jurídicamente más fuerte.

III.1. La debilidad del título gratuito

A lo largo de nuestro ordenamiento pueden advertirse constantes manifestaciones de la debilidad del título gratuito. El legislador no protege *siempre y frente a todos* a quien adquiere por causa gratuita⁸⁶.

Con carácter general, puede hablarse de la debilidad de la causa gratuita frente a la onerosa (De Castro⁸⁷, Morales Moreno⁸⁸). Esta debilidad es semejante en ocasiones

⁸⁵ "Se puede afirmar su independencia del concepto de la responsabilidad del deudor. (...): la acción pauliana no se deriva de un deber del deudor, de un derecho real o vinculación del patrimonio, no es una mera ejecución, sino que, como el lenguaje mismo indica, es impugnación, ataque a una situación jurídica existente." (DE CASTRO; *La acción pauliana y la responsabilidad patrimonial*, R.D.P., 1932, págs. 193 y ss., pág. 202).

Siguiendo a De Castro, ORDUÑA MORENO (*La acción rescisoria por fraude de acreedores en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, JB, 2ª ed., 1992, pág. 128) subraya también la naturaleza impugnatoria de la acción pauliana.

⁸⁶ Por ejemplo, en los artículos siguientes: art. 34 LH; art. 37 LH; art. 1.433 CC; art. 1.297 CC; art. 654 CC; art. 644 CC. La debilidad de la causa gratuita es también lo que justifica la reducción de las donaciones inoficiosas. La reducción de donaciones inoficiosas lleva los bienes del patrimonio del donatario al del legitimario que reclama (ALBALADEJO; *Comentario del Código civil*, I, Ministerio de Justicia, arts. 654-656, pág. 1651). SAVIGNY (*Sistema de Derecho romano actual*, traducción al francés de Guenoux y versión al castellano de Mesía y Poley, 1879, pág. 148) señalaba que la revocación ejercitada por un tercero se presenta en dos casos; a saber: el de la inoficiosa donatio y el de la Pauliana actio. En la revocación de la donación inoficiosa juega -además de la debilidad del título gratuito- el principio de que nadie puede dar o recibir por donación más de lo que puede dar o recibir por testamento (art. 636 CC), que opera en favor de los legitimarios y legatarios con derecho a una parte alícuota de la herencia (art. 655 CC).

⁸⁷ La debilidad de la causa gratuita la ha explicado magistralmente Federico DE CASTRO en su obra *El negocio jurídico* (1971, reimpr. 1991, Cívitas, págs. 167-168). El Profesor destaca junto a la función primordial de la causa como requisito para la existencia del negocio, la de servir para clasificar los negocios jurídicos. Y añade: "Más llamativamente se exterioriza la distinción entre las causas, en la diferente fuerza o eficacia de las relaciones negociales a que cada clase de ellas da lugar. Al lado de la firmeza y solidez de unas (por ejemplo, causa onerosa y con buena fe), se encuentran relaciones frágiles, entre los mismos

a la falta de firmeza del título de adquisición cuando existe mala fe del adquirente⁸⁹. *Del carácter del negocio, que sirve como título de los derechos que nacen de él, resultará el valor mayor o menor de tales derechos*⁹⁰. Y añade De Castro: *"Por la especialidad de la causa hay derechos que tienen, (...), una debilidad congénita (donación, gratuitos), (...), y respecto a los terceros -acreedores, legitimarios- pueden ser objeto de rescisión y declaración de inoficiosidad."*⁹¹

En efecto, la doctrina es unánime al afirmar -en sede de revocatoria por fraude- que el legislador debe optar por proteger el interés del acreedor sacrificando el derecho del adquirente a título gratuito. El argumento es clásico, *"entre amparar un beneficio e impedir perjuicio, la ley debe optar por lo segundo"* (Lohmann Luca de Tena⁹²; en

titulares de la relación (p. ej., revocabilidad, facultad de reclamar lo dado) o de mayor o menor intensidad (responder o no responder por evicción o por negligencia), y, en general, esa diversidad de las causas origina el valor relativo de las titularidades, cuando ellas chocan con otras (p. ej., con las de los legitimarios, con las de otros acreedores); todo lo que resulta en la clasificación de los créditos, con sus privilegios unos, y otros con la condición de rescindibles, reducibles o no oponibles.". Siguiendo en este sentido, más adelante, De Castro matiza que esa mayor o menor eficacia de la relación negocial se exterioriza en la eficacia de los derechos y obligaciones que la relación contenga (...). De este modo, la naturaleza de la causa y el carácter que ella imprime a la relación negocial se traduce en la diferente potencialidad de los derechos y titularidades, ya sea "inter partes" o en relación con terceros (pág. 258).

⁸⁸ También el Profesor MORALES MORENO se refiere a la debilidad de la causa gratuita (*Enciclopedia Jurídica Básica*, I, Cívitas, 1ª ed., 1995, voz *causa*, págs. 958-963, pág. 960), y señala: *"la gratuidad de la causa impone (...) ciertas restricciones en el poder de disposición establecidas en interés del disponente (arts. 634, 635 CC), de sus legitimarios (arts. 636, 654, 655) y de sus acreedores (art. 1.297.1 CC)."*

⁸⁹ DE CASTRO (*El negocio jurídico*, Cívitas, 1971, reimpr. 1991, pág. 228) se refiere al título debilitado, frente al firme, cuando se da *carencia de buena fe o fraude*.

⁹⁰ Parafraseando a DE CASTRO, en *El negocio jurídico* (1971, reimpr. 1991, Cívitas, pág. 257).

⁹¹ DE CASTRO; *El negocio jurídico*, 1971, reimpr. 1991, Cívitas, pág. 258.

⁹² LOHMANN LUCA DE TENA; *Apuntes para una distinta aproximación a la acción Pauliana*, R.G.L.J., 1984, págs. 469-506, págs. 494-495.

idéntico sentido, García Goyena⁹³, Moreno Quesada⁹⁴, Manresa⁹⁵, Espín⁹⁶, Albaladejo⁹⁷, Egea Fernández⁹⁸, Puig Brutau⁹⁹, Kipp¹⁰⁰, Puig Peña¹⁰¹). Por la

⁹³ Es el argumento al que acude GARCIA GOYENA (*Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, reimpresión de la edición de Madrid de 1852, Zaragoza, 1974, pág. 627) al comentar el artículo 1.179 del Proyecto de 1851, que declara rescindibles como fraudulentas las enajenaciones gratuitas hechas por el deudor insolvente: El adquirente a título gratuito trata de lucro captando, y no es justo que se enriquezca a expensas de los acreedores, que sólo aspiran a evitar su daño.

⁹⁴ MORENO QUESADA (*Comentario del Código civil*, II, Ministerio de Justicia, art. 1.297, pág. 536; y en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, XVII-2º, Edersa, 1981, art. 1.291, pág.108), siguiendo a Albaladejo.

⁹⁵ MANRESA; *Comentarios al Código civil español*, V, Madrid, 1896, pág. 138.

⁹⁶ ESPIN; *Manual de Derecho civil español*, III, 3ª ed., 1969, Edersa, págs. 322-323.

⁹⁷ ALBALADEJO (*Derecho civil*, II-1º, 9ª ed., 1994, pág. 223) manifiesta en este sentido su opinión de que *no es justo que haga liberalidades a terceros, en perjuicio de sus acreedores, quien carece de otros bienes para pagar a éstos* (nemo liberalis nisi liberatus).

⁹⁸ EGEA FERNANDEZ (*Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, XXX, Edersa, 1987, págs. 800-822, pág. 815), al comentar el artículo 340 de la Compilación catalana -precepto por el que se declara que la donación no perjudica a los acreedores del donante- explica que las donaciones tienen una causa de adquisición (la lucrativa), insuficiente para justificar el perjuicio del acreedor.

⁹⁹ PUIG BRUTAU (*Compendio de Derecho civil*, II, 2ª ed., 1994, pág. 266) afirma que *quien es deudor ha de pagar antes de poder atribuir beneficios a terceros, y el Derecho ha de conceder más protección a quien tiene un derecho de crédito nacido a título oneroso que al adquirente que obtiene algo gratuitamente. Véase -apunta- el párrafo segundo del art. 643.*

¹⁰⁰ KIPP (*Impugnación de los actos "in fraudem creditorum"*, en *Derecho romano y en el moderno Derecho alemán, con referencia al Derecho español*, R.D.P., 1924, págs. 1-23, pág. 14) sostiene, en este sentido, que *no es sólo la posibilidad de una intención fraudulenta (...) lo que justifica esta decisión apriorística del Derecho, sino que es también muy justo que los intereses del donatario se subordinen a los de los acreedores del donante, siempre que éstos resulten objetivamente perjudicados, aunque en realidad no haya habido intención lesiva ninguna.*

¹⁰¹ PUIG PEÑA (*Teoría de la acción Pauliana*, R.D.P., 1945, págs. 477-547, pág. 543) se refiere al indebido enriquecimiento del donatario a expensas del acreedor del donante como fundamento doctrinal de la acción, y la equidad -añade- sugiere que en el conflicto deben primero ser pagados los acreedores qui certat de damno vitando, con preferencia a los donatarios qui certat de lucro captando. En el mismo sentido se expresa el autor en su *Compendio de Derecho civil español* (I, Aranzadi, 1972, pág. 256).

debilidad de la causa gratuita, la enajenación puede revocarse a fin de evitar la lesión del derecho de crédito.

IV. LA OBJETIVACION DEL CONCEPTO DE FRAUDE

Como resultado de lo visto hasta ahora concluimos que el acreedor del deudor insolvente está legitimado para invocar la ineficacia de la adquisición gratuita de un tercero de buena fe lesiva de su derecho por cuanto mermó el patrimonio de su deudor y que para ello es preciso impugnar el negocio del que trae su causa la adquisición del tercero. La causa gratuita de la adquisición es vencida, por ser más débil, por la onerosa del derecho de crédito (De Castro¹⁰², Moreno Quesada¹⁰³). La preferencia del interés del acreedor sobre el interés del adquirente a título gratuito se defiende también desde la óptica de un sistema anticausalista como el alemán (por ejemplo, en Enneccerus-Lehmann¹⁰⁴).

La donación es revocable prescindiendo del elemento subjetivo del fraude, cuando al hacerla no se haya reservado el donante bienes bastantes para pagar las deudas anteriores a ella (Moreno Quesada¹⁰⁵, Espín¹⁰⁶, Puig Brutau¹⁰⁷). A nuestro juicio, esta

¹⁰² DE CASTRO (*La acción pauliana y la responsabilidad patrimonial*, R.D.P., 1932, págs. 193 y ss., pág. 219) define así la razón jurídica para declarar ineficaces los actos jurídicos realizados a título lucrativo: *que éstos, al enfrentarse con el derecho del acreedor, muestran una causa jurídica de adquisición más débil, que no basta para justificar el perjuicio del acreedor.*

¹⁰³ MORENO QUESADA (*Comentario del Código civil*, II, Ministerio de Justicia, 1991, art. 1.297, pág. 535), siguiendo a De Castro, coincide en atribuir la justificación de las presunciones de fraude previstas para los actos gratuitos a *que al enfrentarse tales actos a los derechos del acreedor, muestran una causa jurídica de adquisición más débil, que no basta para justificar el perjuicio del acreedor.*

¹⁰⁴ La debilidad de la adquisición gratuita se observa también en sistemas que prescinden de la noción de causa. ENNECCERUS-LEHMANN (*Derecho de obligaciones*, traducido y anotado por Pérez y Alguer, II-1, Bosch c.e., 1966, § 120.1.1) explican que *frente a las pretensiones de los acreedores, queda debilitada la situación jurídica del donatario.*

¹⁰⁵ MORENO QUESADA (*Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, XVII-2º, Edersa, art. 1.297, pág. 193) siguiendo a De Castro dice que para la rescisión del acto gratuito por fraude de acreedores realizado en estado de insolvencia *bastará la prueba de la naturaleza del acto jurídico.*

es la fórmula de objetivación del fraude en el supuesto de donación, consagrada en el segundo párrafo del artículo 643 del Código civil, bajo el velo de una presunción *iuris et de iure* de fraude.

Reconocer el carácter *iuris et de iure* de la presunción de fraude del art. 643-II CC, equivale a prescindir plenamente de la buena o mala fe del tercero para la revocación de la donación perjudicial¹⁰⁸. Podría decirse, con Federico de Castro que *no viene a ser más que una declaración legal, por la que se establece que toda donación es revocable si se demuestra la insolvencia del donante*¹⁰⁹.

¹⁰⁸ ESPIN (*Manual de Derecho civil español*, III, 3ª ed., 1969, págs. 322) señala: "La tradición romanista ha consagrado una solución intermedia, según la cual, en los actos a título gratuito, es indiferente que el adquirente participe o no en el fraude, ya que en todo caso procede la acción revocatoria".

¹⁰⁷ PUIG BRUTAU (*Fundamentos de Derecho civil*, I-2º, Bosch, 3ª ed., 1985, pág. 347-348) lo explica en estos términos: "Las enajenaciones a título gratuito se consideran celebradas en fraude de acreedores. Tal vez sería preferible afirmar, pura y simplemente, esto es, al margen de toda presunción real o ficticia, que un deudor no puede sustraer bienes a la acción de sus acreedores a base de enajenarlos a título gratuito. (...) Debería imponerse la consideración de que no puede prevalecer el interés de los donatarios por encima del de los acreedores del donante." En idéntico sentido se pronuncia el autor también en su *Compendio de Derecho civil* (II, Bosch, 2ª ed., 1994, pág. 265).

¹⁰⁸ DIEZ-PICAZO (*Fundamentos del Derecho civil Patrimonial*, II, 4ª ed., Civitas, 1993, pág. 731) advierte una tendencia objetivadora de los remedios contra el fraude: "En el Derecho Moderno se produce una cierta objetivación de los remedios contra el fraude. La ineficacia frente a los acreedores de los actos del deudor no resulta tanto del designio fraudulento como del carácter objetivamente perjudicial. Ello se consigue, bien a través de una serie de presunciones de fraude (cfr. arts. 643 y 1.297), o a través de la sustitución de la idea de fraude por la de perjuicio (cfr. art. 1.101)."

A juicio de MORENO QUESADA (*Comentario del Código civil*, II, Ministerio de Justicia, 1991, art. 1.297, pág. 536) la gratuidad del acto excluye cualquier otra apreciación sobre la buena o mala fe con que el mismo (el adquirente) intervenga. Así, afirma que para rescindir la enajenación gratuita no se exige el fraude, *bastando con el perjuicio al acreedor* (pág. 525).

En el mismo sentido, LALAGUNA (*La acción revocatoria y la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, R.G.D., 1993, nº 582, págs. 1259-1278, pág. 1270) dice que *si el acto es a título gratuito, procede en todo caso la revocación sin tener en cuenta si el tercero ha actuado de buena o de mala fe*.

¹⁰⁹ DE CASTRO; *La acción pauliana y la responsabilidad patrimonial*, R.D.P., 1932, págs. 193 y siguientes, pág. 217.

Por la misma razón, PUIG BRUTAU (*Fundamentos de Derecho civil*, I-2º, Bosch, 3ª ed., 1985, pág. 349) se muestra partidario suprimir la presunción de fraude de las

A partir de aquí, creemos que queda confirmada la objetivación del propio concepto de fraude (De Castro¹¹⁰, Morales Moreno¹¹¹, Vallet¹¹², Roca Sastre¹¹³,

enajenaciones gratuitas, e indica que *con una apreciación realista de nuestra legislación (...), creemos que el Código civil está muy próximo al sistema de supresión de este requisito subjetivo.*

También MORENO QUESADA (*Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, XVII-2º, Edersa, art. 1.291, págs. 108-109) se muestra partidario de la iniciativa tomada por De Castro y sostenida después por Albaladejo, en sentido de afirmar que *el art. 643 CC, (...) para declarar rescindida una donación en fraude de acreedores, sólo exige la prueba de la insolvencia del donante.*

¹¹⁰ DE CASTRO (*La acción pauliana y la responsabilidad patrimonial*, R.D.P., 1932, págs. 193 y siguientes, pág. 218) ya había advertido esta posibilidad: *"En el derecho español, de manera quizá inconsciente, y con desconocimiento de bastantes escritores, encontramos manifestaciones de una nobilísima tradición jurídica que objetiviza el fraude, uniéndole al perjuicio, al eventus damnis, sin atender al consilio fraudandi".* Aún siendo consciente de ello, De Castro siguió utilizando el concepto subjetivo de fraude acorde al uso común de nuestra doctrina y jurisprudencia. Así, por ejemplo, cuando dice: *"En el ordenamiento jurídico español existen actos revocables, que aunque se denominan fraudulentos en la ley, no requieren el ánimo de defraudar, o sea, no son fraudulentos, según el actual significado de los términos (artículo 643 del Código civil; art. 880 del Código de Comercio)"* (pág. 219).

¹¹¹ MORALES MORENO (*Enajenaciones de bienes en fraude de acreedores*, conferencia inédita pronunciada el 25 de marzo de 1992 en el seminario sobre *Problemas jurídicos de los actos en fraude de acreedores*, organizado por Management Forum España, S.A.) ha explicado la objetivación del concepto de fraude: *"Cuando se construye el concepto de fraude exclusivamente con criterios subjetivos (culpabilidad del deudor y del tercero) hay que acudir a una ficción (ficción de fraude) para poder explicar que el acto gratuito, al margen de la culpabilidad, sea fraudulento y de lugar a la rescisión. Así ha ocurrido en épocas anteriores; y eso explica que el código hable en el art. 1297 de presunción ("iuris et de iure"). Pero la dogmática permite explicar de otro modo el supuesto.*

"La consideración del acto gratuito como acto fraudulento resulta del concepto objetivo de fraude que (junto al subjetivo) se maneja en el CC. Implica una consecuencia de la influencia de la causa en la atribución patrimonial. La atribución patrimonial con causa gratuita es más débil que la que tiene causa onerosa (CASTRO). Esa debilidad hace que ceda frente a los créditos anteriores a la donación que, como consecuencia de ésta, no puedan ser satisfechos (cfr. art. 643 II)".

También MORALES MORENO (*Comentario del Código civil*, II, Ministerio de Justicia, 1991, art. 1.424 CC, pág. 833) explica, en el ámbito del régimen de participación, la distinta acepción que admite el concepto: *"El concepto de fraude puede entenderse de dos maneras: una subjetiva, basada en la intención del sujeto, en el propósito de dañar el interés del otro cónyuge, otra objetiva fundada en el carácter del acto realizado. (...) Hay actos que, aunque se realicen sin un propósito directo de causar daño, lesionan injustificadamente al interés del consorte en el régimen económico matrimonial, y por ello sus efectos también merecen ser corregidos. Por tanto junto a los criterios subjetivos de determinación de la*

Albaladejo¹¹⁴, Orduña Moreno -que destaca la evolución de la jurisprudencia del Supremo¹¹⁵-, Lalaguna¹¹⁶). Si el acto es revocable con independencia del *consilium*

existencia de fraude deben tenerse en cuenta los de carácter objetivo, complementarios de aquéllos".

¹¹² VALLET (*Panorama del Derecho de Sucesiones*, II, Cívitas, 1984, pág. 551; y en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, XIV-2º, Edersa, 1989, págs. 648-649) equipara la preferencia de los acreedores sobre los legatarios a la que tienen sobre los donatarios, aplicando por analogía la regla del artículo 643 CC; del que afirma: *"Esa presunción de fraude más bien constituye una objetivación del fraude haciéndolo equivalente al perjuicio, al eventus damnis, sin atender al consilio fraudandi. Es decir, que no significa sino la preferencia de los acreedores del donante sobre el donatario en caso de darse el supuesto de que en el momento de la donación no le restasen al donante bienes suficientes para satisfacer sus deudas"*.

¹¹³ ROCA SASTRE (*La acción revocatoria de donaciones en la Compilación*, A.D.C., 1962, I, págs. 3 y ss.) subraya el avance de la regulación catalana, antigua y actual, respecto del Código civil, ya que -al eliminar como requisito del fraude el *consilium fraudis* del deudor, en rigor consideraba ínsito el fraude en la sola circunstancia de quedar insolvente el deudor por obra de la donación otorgada, tomando en cuenta únicamente el perjuicio o "eventus damni" causado por ver en ello un resultado fraudulento (págs. 4-5). Es decir, no se prescinde, (...) de toda noción de fraude; únicamente éste se transmuta objetivándose (pág. 11).

¹¹⁴ ALBALADEJO (*Derecho civil*, II-1º, 9ª ed., LB, 1994, pág. 223) también acepta una noción de fraude asociada al perjuicio del crédito: *"procede la acción pauliana (...) si la enajenación es gratuita, cuando, aun sin ser fraudulenta, produzca un perjuicio al acreedor. Un requisito solo, pues, perjuicio"*. Y explica que puede entenderse que *toda enajenación gratuita es objetivamente fraudulenta por el hecho de causar un perjuicio al acreedor*.

¹¹⁵ También la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha evolucionado hacia el empleo de una noción objetivada del fraude, tal y como ORDUÑA MORENO ha puesto de manifiesto en la segunda edición de su monografía *La acción rescisoria por fraude de acreedores en la jurisprudencia del Tribunal Supremo* (JB, 1992). Uno de los cambios que ha supuesto la puesta al día de la obra (la primera edición es de 1987), señala el autor, es precisamente el giro dado por la jurisprudencia en este sentido: *"se llega a un concepto operativo en el que el fraude queda exteriorizado en el daño o perjuicio causado injustamente al acreedor mediante la validez de un acto o negocio de disposición del deudor con un tercero"* (de la nota del autor a la 2ª edición, pág. 16).

¹¹⁶ LALAGUNA (*La acción revocatoria y la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, R.G.D., 1993, nº 582, págs. 1259-1278, pág. 1274), después de concluir que *las enajenaciones y, en general todos los actos a título gratuito realizados por el deudor en perjuicio de sus acreedores son revocables mediante la acción pauliana*, en razón exclusivamente del perjuicio causado, señala que *cabría afirmar, si se quiere, aunque ello*

fraudis, es porque el acto *en sí mismo* es fraudulento (Morales Moreno¹¹⁷, Ferrara¹¹⁸, Lalaguna¹¹⁹, Sancho Rebullida¹²⁰).

Exponente de esta síntesis entre objetivación del fraude y acción pauliana es el Código civil portugués de 1966. En su artículo 612, ubicado entre los que regulan la impugnación pauliana¹²¹, se lee: "(...); *se o acto for gratuito, a impugnação procede, ainda que um e outro agissem de boa fé. (...)*"; si el acto fuese gratuito, procede la impugnación, aunque una y otra parte actuasen de buena fe.

implique una impropiedad de lenguaje, que el solo hecho del perjuicio imprime al acto del deudor carácter fraudulento.

¹¹⁷ MORALES MORENO (*Enajenaciones de bienes en fraude de acreedores*, Conferencia inédita pronunciada el 25 de marzo de 1992 en el seminario sobre *Problemas jurídicos de los actos en fraude de acreedores*, organizado por Management Forum España S.A.) distingue entre actos *en sí mismos* lesivos y aquellos otros que no lo son. En el primer caso, precisa: "*la apreciación del fraude, tanto en el deudor como en el tercero debe regirse por criterios diferentes, más objetivos. (...) Advirtamos que esa apreciación objetiva del fraude la utiliza en algún caso el CC*".

¹¹⁸ La opinión de FERRARA (*Las lecciones del Profesor Ferrara, (III).- La acción Pauliana*), R.D.P., 1928, págs. 136-138, pág. 137) también se manifestó en este sentido: "*en los contratos gratuitos (...) el fraude está in se ipsa*".

¹¹⁹ LALAGUNA (*La acción revocatoria y la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, R.G.D., 1993, n° 582, págs. 1259-1278, pág. 1274) aporta los siguientes argumentos definitivos para apoyar la idea de que las enajenaciones a título gratuito *son revocables en razón del perjuicio que causan a los acreedores, sin entrar en consideración de la buena o mala fe del deudor*: 1° que es una solución justa al conflicto de intereses entre el acreedor perjudicado y el tercero enriquecido; 2° que la expresión *siempre* del art. 643 II CC sólo puede entenderse (...) *en el sentido de no admitir prueba en contrario*; 3° que *si el deudor insolvente no puede pagar deudas no vencidas* (art. 1.292 CC) *menos podrá donar*; y 4° el art. 37 4° L.H.

¹²⁰ SANCHO REBULLIDA (*Elementos de Derecho civil*, por Lacruz y otros, II-1°, JB, 1994, pág. 252) explica que *el consilium sólo se requiere para los actos a título oneroso*.

¹²¹ *Impugnação pauliana*: arts. 610-618 Código civil português.

V. CONCLUSIONES

Nuestro ordenamiento admite un concepto objetivo de fraude. A él llegamos por el estudio del art. 643 CC. Este precepto, al establecer una presunción *iuris et de iure* de fraude cuando el deudor realiza una donación sin reservar bienes suficientes para el pago de las deudas anteriores a ella, es una muestra de que hay actos en sí mismos fraudulentos y revocables con independencia de la buena o mala fe del tercero.

En el caso de la donación, la razón que justifica la objetivación del fraude es la debilidad del título gratuito frente al oneroso de los acreedores, y también en la inadmisibilidad del enriquecimiento del adquirente a costa de la lesión del derecho de crédito. Por la donación el deudor queda insolvente o incrementa su insolvencia, lo que hace que el interés de sus acreedores entre en conflicto con el del donatario. El interés de los primeros en que no se lesione su derecho de crédito es preferido y protegido frente al interés de este último en mantener el lucro obtenido. En nuestro ordenamiento es manifiesta la preferencia por el interés del acreedor aun a costa de violentar la adquisición gratuita de un tercero de buena fe.

LA DONACION MODAL

I. Introducción

II. Determinación del régimen jurídico aplicable a la donación modal

II.1. La donación modal es siempre una liberalidad

II.2. La donación modal puede presentar caracteres de onerosidad

II.3. No procede la aplicación plena e indiscriminada de las reglas de la donación ordinaria

II.4. Interpretación doctrinal del artículo 622 CC

III. Ambitos para una posible aplicación del artículo 643 CC

III.1. Modo en interés del donatario

III.2. Modo en interés de tercero

2.1. Antes de que nazca el derecho del tercero

2.2. Una vez que existe aceptación del tercero

A. Pendiente el cumplimiento de la prestación modal

B. Si la prestación en interés de tercero ya se hubiese realizado

B.1. Causa solvendi (remisión a los supuestos de modo en interés del donante)

B.2. Causa credendi

B.3. Causa donandi

III.3. Modo en interés del donante

3.1. Donación con modo en interés del donante y en la que no se aprecia una relación de valuta entre donante y tercero

3.2. Donación modal en la que se aprecia la relación de valuta entre donante y tercero (modo solvendi causa). La donación del artículo 642 CC

IV. Conclusiones

I. INTRODUCCION

En caso de impugnación por fraude, la complejidad del contrato de donación modal, constituida por la liberalidad del donante y la obligación del donatario, da lugar a un grueso núcleo de intereses en conflicto. A los intereses que comunmente se enfrentan en los supuestos de impugnación por fraude de acreedores (interés de los acreedores del enajenante e interés del adquirente) se suma, en ocasiones, el interés de un tercero. El tercero, además, recibe no del deudor (donante) sino del donatario obligado por el modo. En cuanto a la causa de esa atribución, no se encuentra en la relación entre donatario y tercero, sino que habrá que buscarla en la relación de valuta. La fuente del compromiso de la atribución está, sin embargo, en la relación de cobertura¹. Por ejemplo, el donante entrega una finca al donatario y éste se compromete a pagar la deuda que aquél tiene frente a un tercero. El pago al tercero tiene su causa en la relación de valuta (donante-tercero); el modo es *solvendi causa*. Pero la obligación del donatario de hacer el pago nace en la relación de cobertura (donante-donatario)².

Para defender la adquisición del donatario es preciso analizar la relevancia jurídica que tiene el hecho que consiste en haber cumplido éste con el modo o carga que le impuso el donante (por ejemplo, cuando el modo se estableció en interés del propio donante), o en que haya nacido ya -en su caso- el derecho del tercero a exigir del donatario el cumplimiento del modo.

¹ La doctrina dominante, suele atribuir al derecho del tercero la causa del contrato que media entre estipulante y promitente, según indica BONET RAMON en *Los contratos a favor de tercero* (A.A.M.N., XII, 1961, págs. 211-245, pág. 235).

² "El derecho del tercero (...) arranca (...) de la misma estipulación, que por sí lo produce, sin que la aceptación signifique otra cosa, en definitiva, más que la voluntad de pasar por lo que otros han hecho en nombre del tercero" (BONET, *Los contratos a favor de tercero*, A.A.M.N., XII, 1961, págs. 211-245, págs. 230-231).

II. DETERMINACION DEL REGIMEN JURIDICO APLICABLE A LA DONACION MODAL

El artículo 619 *in fine* del Código civil califica como donación "*aquella en que se impone al donatario un gravamen inferior al valor de lo donado*". En adelante, denominaremos donación modal al contrato³ que reúna estas características⁴. Para determinar el régimen jurídico aplicable a esta figura veamos brevemente, en primer lugar, qué opina nuestra doctrina acerca de la problemática⁵ que plantea la naturaleza jurídica del contrato, así como la causa de las atribuciones patrimoniales y el entramado de relaciones a que da lugar.

II.1. La donación modal es siempre una liberalidad

La donación modal sigue siendo donación (art. 619 CC) y -como tal- negocio gratuito, porque el *animus donandi* es lo que mueve al donatario a hacerla⁶. Sólo como algo

³ La doctrina es prácticamente unánime en cuanto a la calificación de la donación como contrato, porque el negocio requiere que concurren el consentimiento del donante y el del donatario (o representante) para su validez y eficacia. Así, MANRESA (*Comentarios...*, V, 1951, pág. 90); SCAEVOLA (*Código civil*, XI-II, 5ª ed., 1943, pág. 530); o, más recientemente, ALBALADEJO (*Comentario del Código civil*, Ministerio de Justicia, 1993, I, art. 618 CC, pág. 1571), que define la donación como *aquella liberalidad que se realiza mediante contrato, en cuya virtud una parte (llamada donante) empobrece su patrimonio al realizar a título gratuito una atribución a favor de la otra (donatario), que se enriquece*.

⁴ Sin entrar aquí en disquisiciones terminológicas sobre la posible distinción entre donación modal y onerosa (en este sentido, TORRALBA SORIANO, *El modo en el Derecho civil*, Ed. Montecorvo, 1967, págs. 258-259), o la superposición o identificación de ambos conceptos (vease ALBALADEJO, *Comentario del Código civil*, Ministerio de Justicia, I, 1993, art. 619, págs. 1578-1579).

⁵ Los autores advierten que se trata de una zona oscura de la teoría de la causa. En este sentido, DIEZ-PICAZO (*Fundamentos...*, I, Cívitas, 4ª ed., 1993, pág. 82); PRADA GONZALEZ (*La onerosidad y gratuidad de los actos jurídicos*, A.A.M.N., XVI, Reus S.A., 1968, págs. 255-393, pág. 366).

⁶ A juicio de la doctrina italiana -señala LACRUZ (*Elementos...*, II-3º, LB, 1986, pág. 161)- la donación modal *conserva en todo caso la naturaleza de negocio gratuito*. Pero la prestación modal *representa un elemento oneroso que se puede y debe tomar en consideración para el cálculo del emolumento neto que llega al gratificado, deduciendo del montante de la*

accidental y accesorio⁷ al negocio *gratuito*⁸, se impone la obligación modal al beneficiario del mismo⁹. El modo¹⁰ no es más que *un límite a la liberalidad o un gravamen que pesa sobre ésta*¹¹. Así, según Albaladejo, *el modo no cambia la naturaleza del negocio al que se añade*¹² (también Florensa¹³).

liberalidad el valor de la carga impuesta.

Según SCAEVOLA (*Código civil*, XI-II, 5ª ed., 1943, pág. 535) *las donaciones con causa onerosa no son propiamente tales donaciones, sino en cuanto la gratuidad rebase la prestación impuesta.*

⁷ En este sentido se pronunciaba J. CASTAN (*El modo en los actos jurídicos*, R.D.P., marzo/1918, 1ª parte, pág. 93; y, especialmente, julio-agosto/1921, 3ª parte, págs. 217-218). También lo reitera DE LOS MOZOS (*El modo como elemento accesorio de la voluntad negocial*, R.D.P., 1978, págs. 223-234, pág. 229), si bien reconoce que la *accesoriedad* del modo plantea problemas en torno a la relación entre liberalidad y modo.

En diverso sentido, DOMINGUEZ RODRIGUEZ (*La revocación de donación modal*, A.D.C., 1983, págs. 65-108) *excluye desde el punto de vista de la estructura negocial la accidentalidad del modo* (pág. 72). Sin embargo, pone también de manifiesto que no por ello hay que afirmar la pertenencia del modo a la esencia del acto: Ni se eleva al rango de causa, ni asume el carácter de contraprestación, *siendo -añade- un mero fin secundario anejo al principal* (pág. 73).

⁸ CASTAN (*El modo en los actos jurídicos*, R.D.P., marzo/1918, 1ª parte, pág. 96) defiende que *en los actos onerosos no cabe el modo o no hay necesidad de él. (...) la doctrina, con bastante generalidad -no de manera unánime (...)-, ha limitado a los actos gratuitos la aplicación del modo*. El mismo autor define el modo como *una obligación accesoria impuesta al que recibe una liberalidad* (R.D.P., julio-agosto/1921, 3ª parte, pág. 216).

DE LOS MOZOS (*El modo como elemento accesorio de la voluntad negocial*, R.D.P., 1978, págs. 223-234, pág. 223) explica que es doctrina dominante la que considera que el modo es un *elemento accidental o cláusula del negocio que se presenta, únicamente, en los actos de liberalidad*.

⁹ ALBALADEJO; *Condición, término y modo*, R.D.N., julio-dic., 1957, págs. 84-85.

¹⁰ Sobre el contenido del modo, puede verse, entre otros, el texto de MANRESA (*Comentarios al Código civil español*, V, 6ª ed., 1951, págs. 99-100); también LACRUZ (*Elementos...*, II-3º, LB, 1986, págs. 161-162).

¹¹ ALBALADEJO (*Condición, término y modo*, R.D.N., julio-dic., 1957, pág. 85). En el mismo sentido se han pronunciado otros autores, como DE LOS MOZOS (*El modo como elemento accesorio de la voluntad negocial*, R.D.P., 1978, págs. 223-234, pág. 226), o ROCA SASTRE y PUIG BRUTAU (*Estipulaciones en favor de tercero*, Estudios de Derecho Privado, I, Barcelona, 1948, pág. 230).

¹² ALBALADEJO; *Condición, término y modo*, R.D.N., julio-dic., 1957, pág. 85.

II.2. La donación modal puede presentar caracteres de onerosidad

La estructura propia de la donación modal la convierte en un supuesto de especial interés en cuanto al estudio de la causa y su calificación como onerosa o gratuita¹⁴. Por naturaleza, se trata de una liberalidad; por llevar consigo una obligación¹⁵ para el donatario, presenta aspectos de onerosidad¹⁶. Así se observa si consideramos que el donante tiene acción para exigir del donatario el cumplimiento del modo¹⁷.

¹⁵ FLORENSA TOMAS; *Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de julio de 1994*, C.C.J.C., nº 37, 992.

¹⁴ Sobre las distintas posturas doctrinales en torno a la naturaleza de la causa de la donación modal puede verse el trabajo de PRADA GONZALEZ, *La onerosidad y gratuidad de los actos jurídicos* (A.A.M.N., XVI, 1968, Reus S.A., págs. 255-393, págs. 363-368). A juicio del autor, se trata de un *acto mixto que obliga a separar una parte onerosa de otra gratuita* (pág. 367).

¹⁵ El modo puede consistir en una obligación de dar o de hacer (o no hacer). TORRALBA SORIANO (*El modo en el Derecho civil*, ed. Montecorvo, 1967) explica que es válido aún hoy el concepto de *modo* propio del Derecho romano (pág. 93), según el cual *éste implica un cierto comportamiento, peso o carga para el gravado. Tal comportamiento podía entrañar un sacrificio patrimonial, pero esto no era esencial y en numerosos textos aparecen ejemplos de "modus" que no imponían al gravado un sacrificio económico* (págs. 43-44).

ALBALADEJO (*Condición, término y modo*, R.D.N., julio-dic., 1957, pág. 90) señala que, dado el carácter obligacional del modo, *la prestación contenido del mismo puede consistir en cualquier conducta que pueda ser objeto de obligación -dar, hacer o no hacer alguna cosa lícita, determinada o determinable, y posible*.

¹⁶ Según SANDULLI (*Gratuità dell'attribuzione e revocatoria fallimentare*, ed. Eugenio Iovene, 1976, págs. 202 y siguientes) la donación modal, siendo un negocio con causa gratuita, *puede suponer atribuciones a título oneroso*. El jurista italiano lo explica en los siguientes términos: *"Appare veramente incongruo far discendere, dalla gratuità della donazione, la gratuità di tutte le attribuzioni che nel suo ambito si estrinsechino; il che assume particolare rilievo proprio in ordine alla donazione modale, dove, qualora si applicasse tale principio si perverrebbe a delle conclusioni veramente aberranti (soprattutto in ordine alle prestazioni eseguite dal donatario). / (...) A nostro avviso unica perplessità effettiva da superare è quella di ordine strettamente logico, per cui sarebbe sufficiente un minimo sacrificio patrimoniale da parte dell'accipiens, perché l'attribuzione si qualifichi onerosa"* (pág. 204).

¹⁷ ROCA SASTRE y PUIG BRUTAU; *Estipulaciones en favor de tercero*, Estudios de Derecho Privado, I, Barcelona, 1948, págs. 210-232, pág. 228.

En la sentencia de 12 de noviembre de 1990, el Tribunal Supremo distingue entre la

Los sujetos de la relación contractual son donante y donatario¹⁸; sin embargo, puede surgir del contrato un derecho de crédito en favor de tercero cuando el modo beneficia a un sujeto extraño al contrato, si éste acepta¹⁹. Estamos entonces ante un contrato con estipulación en favor de tercero²⁰. Deudor es, en esa relación de crédito, el donatario obligado por el modo, sin que entre donante y tercero existan acciones o efectos *directamente* derivados del contrato²¹. Advuértase, además, que la causa de la atribución patrimonial²²

donación modal y la donación sometida a condición, para lo que habrá que atender a la voluntad del donante. Además se declara que no hay incumplimiento del modo cuando esto no sea imputable al donatario. Al comentar la sentencia, AMAT LLARI (C.C.J.C., nº 25, 655, págs. 71-78) matiza que debe distinguirse además entre aquellos supuestos en que el modo es accesorio y aquellos otros en que es determinante. En estos últimos deberá respetarse la voluntad del donante que sólo desea que perviva la liberalidad si se cumple la finalidad propuesta.

¹⁸ Sólo entre el promitente y el promisorio existirá la relación causal propia del contrato (ROCA SASTRE y PUIG BRUTAU, *Estipulaciones en favor de tercero*, Estudios de Derecho Privado, I, Barcelona, 1948, pág. 230).

¹⁹ Art. 1.257 CC. Nuestro Código civil no acoge el sistema alemán, según el cual el tercero adquiere directamente el derecho y tiene después la posibilidad de renunciar a él. Por el contrario, en España se adopta la denominada *teoría de la oferta*, según la cual se hace depender de la aceptación la adquisición del derecho por el tercero. Así lo enseñan BONET RAMON (*Los contratos a favor de tercero*, A.A.M.N., XII, 1961, págs. 211-245, pág. 225) y ROCA SASTRE y PUIG BRUTAU (*Estipulaciones en favor de tercero*, Estudios de Derecho Privado, I, Barcelona, 1948, págs. 210-232, págs. 222-223). En el mismo sentido lo explica DIEZ-PICAZO (*Comentario del Código civil*, II, Ministerio de Justicia, 1993, art. 1.257, pág. 435).

²⁰ TORRALBA SORIANO (*El modo en el Derecho civil*, ed. Montecorvo, 1967, pág. 288) dice en este sentido que *cuando sea un tercero el beneficiario se produce (...) una especie de contrato o estipulación a favor de tercero*.

También son de esta opinión BONET RAMON (*Los contratos a favor de tercero*, A.A.M.N., XII, 1961, págs. 211-245, citando a Roca, pág. 228); o ROCA SASTRE y PUIG BRUTAU (*Estipulaciones en favor de tercero*, Estudios de Derecho Privado, I, Barcelona, 1948, págs. 210-232), para quienes la donación modal sería una excepción a la regla de la nulidad de la estipulación a favor de tercero en el Derecho justiniano (pág. 214); un caso específico en que el Derecho español admite expresamente la estipulación a favor de tercero (pág. 218); o un modelo de contrato lucrativo con estipulación en favor de tercero (págs. 227 y 230).

²¹ ROCA SASTRE y PUIG BRUTAU; *Estipulaciones en favor de tercero*, Estudios de Derecho Privado, I, Barcelona, 1948, pág. 229.

que, en su caso, se haga en cumplimiento del modo puede ser de distinto orden: *causa credendi*, *causa donandi*, o *causa credendi*²³.

11.3. No procede la aplicación plena e indiscriminada de las reglas de la donación ordinaria

En una primera aproximación a la donación modal podría decirse que la normativa aplicable, por tratarse de una donación, es la misma que regula la donación ordinaria y que, por tanto, se presume el fraude y es revocable la donación cuando no reservó el donante bienes suficientes para hacer frente al pago de sus deudas (art. 643 CC), como de hecho ha defendido algún autor²⁴. No así desde un punto de vista económico de la donación modal, ya que entonces puede presentar, en ocasiones, síntomas de onerosidad que son relevantes jurídicamente²⁵. Este enfoque objetivo de la causa es necesario para

²³ Tomamos el concepto de atribución patrimonial elaborado por Von Tuhr. Según este autor, dice DIEZ-PICAZO (*Fundamentos...*, I, Cívitas, 4ª ed., 1993, pág.81), por atribución patrimonial debe entenderse todo negocio y, eventualmente, todo acto de carácter o naturaleza no negocial, en cuya virtud alguien procure a otra persona un beneficio o una ventaja patrimonial. Esta noción de atribución patrimonial ha influido mucho, sigue diciendo Diez-Picazo, en la doctrina italiana y en la española. Como veremos, cuando se estudia en Italia el problema de la acción revocatoria y la donación modal, se acude a la idea de atribución patrimonial como elemento de medida para una valoración económica de la relación jurídica. Así, SANDULLI, en *Gratuità dell'attribuzione e revocatoria fallimentare* (ed. Eugenio Jovene, 1976, pág. 40 y siguientes).

²⁴ Según se persiga el fin de pagar una deuda del estipulante o promisorio, de hacer una liberalidad, o un préstamo, respectivamente (ROCA SASTRE y PUIG BRUTAU; *Estipulaciones en favor de tercero*, Estudios de Derecho Privado, I, Barcelona, 1948, pág. 227).

²⁵ En este sentido, PEREZ y ALGUER (*Notas a Enneccerus*, II-1, 3ª ed., 1966, pág. 234): "Como la imposición del modo no priva a la donación de su consideración de tal, queda ésta sujeta a la posibilidad de revocación (...). E igualmente se le podrán aplicar las presunciones de fraude de acreedores derivadas de los artículos 643, ap.2 y 1297, ap.1."

²⁶ Por ejemplo, el legislador en la Ley del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones ha tomado en cuenta el sustrato económico del negocio para la determinación del impuesto. En el artículo 29 del texto legal citado, así como en el artículo 59 del Reglamento que lo desarrolla, se indica expresamente respecto a las donaciones especiales en que se impusiera algún gravamen al donatario, que tributarán en concepto de donación solamente por la diferencia.

resolver la cuestión relativa al régimen jurídico aplicable a la donación modal²⁶.

Así, por ejemplo, cuando el donatario se obliga a pagar las deudas del donante (art. 642 CC); o una pensión a tercero;... no parece razonable la aplicación, en toda su amplitud, de las normas que regulan la donación ordinaria, aún cuando la donación modal se realice con ánimo de liberalidad.

Por esta razón, nos parece acertado afirmar con Albaladejo que para la donación modal *rigen las normas propias del negocio (que lo regularía si fuese puro), salvo la aplicación de ciertas disposiciones especiales, por razón del modo: en efecto, las reglas de los negocios a título gratuito que se basan en el enriquecimiento efectivo que se reporta al beneficiario, no son aplicables en absoluto o no lo son, por lo menos, a la parte de enriquecimiento que resulta absorbida por el gravamen*²⁷.

En cuanto a la obligación modal impuesta al donatario, le son aplicables las reglas generales en materia de obligaciones²⁸, con la salvedad, para un sector de la doctrina, de las relativas a la responsabilidad por incumplimiento²⁹. En este sentido y en consonancia con el contenido del artículo 647 CC, Albaladejo defiende que en la obligación modal, *el*

²⁶ Partiendo de la base de que gratuidad y onerosidad pueden encontrarse a la vez en el mismo negocio, SANDULLI (*Gratuità dell'attribuzione e revocatoria fallimentare*, ed. Eugenio Jovene, 1976, pág. 96) afirmaba que frente a los terceros ajenos al acto, no puede tener relieve el "tipo" de acto, sino el *efecto económico* derivado de la relación (pág. 37). El texto dice así: *"l'ordinamento non impone al debitore di astenersi dal compiere determinati "tipi" di atti (...) bensì impone sol tanto di mantenere integra (...) la garanzia patrimoniale. Per cui, nei confronti dei terzi estranei all'atto non può avere rilievo il "tipo" di atto, bensì l'effetto economico derivante dal rapporto"*.

En cuanto a los criterios de distinción entre onerosidad y gratuidad, DIEZ-PICAZO (*Fundamentos...*, I, Cívitas, 4ª ed., 1993, pág. 84) opina que la tesis objetiva, fundada *exclusivamente en la estructura económica del acto, es la más razonable*.

²⁷ ALBALADEJO; *Condición, término y modo*, R.D.N., julio-dic., 1957, pág. 86.

²⁸ En sentido contrario, J. CASTAN (*El modo en los actos jurídicos*, R.D.P., marzo/1918, 1ª parte, pág. 100): *"la obligación modal es una institución sui generis, cuyos efectos no pueden ser regidos por las reglas propias de las demás obligaciones, ni siquiera por las de la donación"*.

²⁹ A este respecto, recoge CASTAN la contraposición de opiniones (Planiol; Colin y Capitant;...), en *El modo en los actos jurídicos* (R.D.P., marzo/1918, 1ª parte, pág. 99).

puesto de la responsabilidad del deudor lo ocupa la revocabilidad del negocio sub modo³⁰.

II.4. Interpretación doctrinal del artículo 622 CC

Como es sabido, no es ajena a nuestro Código civil la necesidad de una aclaración del régimen jurídico de la donación modal. El artículo 622 del Código civil resuelve: "*Las donaciones con causa onerosa se regirán por las reglas de los contratos, y las remuneratorias por las disposiciones del presente título en la parte que excedan del valor del gravamen impuesto*". El artículo ha sido criticado por su defectuosa redacción³¹, razón que lleva a los intérpretes a prescindir necesariamente de su tenor literal³². Según la

³⁰ ALBALADEJO; *Condición, término y modo*, R.D.N., julio-dic., 1957, pág. 94. El autor añade que *en este punto de la sustitución de la responsabilidad (del deudor) por la revocabilidad (del negocio) es en lo que se diferencia la obligación modal de la obligación ordinaria* (pág. 95). Frente a esta postura se encuentra la de aquellos que opinan que la obligación modal no se distingue en esto de las demás y, por tanto, se puede exigir el cumplimiento forzoso del modo, bien en forma específica, bien en forma genérica (ver pág. 94).

³¹ Entre otros: SCAEVOLA (*Código civil comentado y concordado*, XI, Madrid, 1896, pág. 429); MANRESA (*Comentarios al Código civil español*, V, Madrid, 1896, págs. 77-78); ALBALADEJO (*Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, VIII-2º, Edersa, 1986, pág. 64; también en *Comentario del Código civil*, Ministerio de Justicia, 1993, I, pág. 1583); DIEZ-PICAZO y GULLON (*Sistema ...*, II, reimpresión de la 6ª ed., 1990, pág. 352); PEREZ y ALGUER (*Notas a Enneccerus*, II-1, 3ª ed., 1966, págs. 224 y siguientes); LACRUZ (*Elementos...*, II-3º, LB, 1986, pág. 154); CASTAN (*Derecho civil español, común y foral*, IV, 14ª ed., Reus S.A., 1988, pág. 262); PUIG BRUTAU (*Fundamentos de Derecho civil*, II-2º, Bosch, 1982, pág. 110); LOPEZ PALOP (*La donación remuneratoria y el artículo 622 de nuestro Código civil*, A.A.M.N., 3, págs. 9-59, pág. 43); NÚÑEZ LAGOS (*Pago de lo indebido sin error*, R.G.L.J., febrero/ 1946, págs. 129-157, pág. 153); y ROCA SASTRE y PUIG BRUTAU (*La donación remuneratoria*, en *Estudios de Derecho Privado*, II, Barcelona, 1948, págs. 521-564, págs. 554-555).

³² La redacción definitiva del art. 622 del Código civil supuso ciertas modificaciones de su precedente en el Proyecto de 1851 (art. 943: "*Las donaciones a título oneroso se regirán en todo como los contratos de igual clase; y las remuneratorias por las disposiciones del presente título, (...)*"). GARCIA GOYENA interpretaba el artículo 943 del Proyecto en el siguiente sentido: *las donaciones hechas a título oneroso se rigen en todo como en los contratos de igual clase; las remuneratorias, por el título 4, libro 3, concurriendo en su causa las cualidades que se indican* (*Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, IV, 1852, pág. 399). La nueva redacción del precepto dió lugar a una interpretación distinta del contenido del mismo, que se aparta de la estricta literalidad.

doctrina dominante, el espíritu del precepto³³ indica que la donación que suponga una carga o retribuya un servicio del donatario, se regirá por las normas de la donación ordinaria en cuanto la liberalidad supere el valor del modo o del servicio remunerado, pero se aplicarán las normas de los contratos a la parte de liberalidad que quede *absorbida*³⁴ por la carga o servicio³⁵. Cuando, en el artículo que comentamos, se refiere el legislador a las normas de los contratos, está pensando en los contratos onerosos³⁶. Queda con ello descartada la

³³ Los autores suelen coincidir en cuanto a las conclusiones sobre el espíritu del precepto, no así en cuanto a las categorías de donación y a la definición y clasificación de éstas. A los efectos que nos ocupan, sólo interesa extraer lo que llama Albaladejo "*el verdadero espíritu del precepto*", y seguimos aquí la opinión que expresa el autor respecto del mismo: "*para ambas dos clases de donaciones a que se refiere (las onerosas y las remuneratorias), establece que unas y otras se rijan por las reglas de la donación pura, en cuanto que lo donado valga más que la carga impuesta, en las primeras, o que lo que se remunera, en las segundas, y por las reglas de los contratos onerosos en cuanto que el valor de lo donado resulte absorbido por el de la carga o de lo remunerado*" (ALBALADEJO, *Comentario del Código civil*, Ministerio de Justicia, 1993, I, art. 622, pág. 1583; también en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, VIII-2º, 1986, Edersa, pág. 64).

En este sentido, también se han pronunciado MANRESA (*Comentarios al Código civil español*, V, Madrid, 1896, pág. 77), y SCAEVOLA (*Código civil comentado y concordado*, XI, Madrid, 1896, págs. 430-431; aunque aclara que preferible sería haber mantenido los criterios del Código de 1851, según los cuales, la donación modal se regiría por las reglas de los contratos, y la remuneratoria por las de la donación, vease págs. 431-433).

En cuanto a otras posibles interpretaciones de este artículo, véase, por ejemplo, el trabajo de TORRALBA SORIANO, *El modo en el Derecho civil*, (ed. Montecorvo, 1967, págs. 285-286).

³⁴ Expresión acuñada por Albaladejo, en los textos que acabamos de citar.

³⁵ LACRUZ (*Elementos...*, II-3º, LB, 1986, pág. 160) opina que el legislador quiso que el precepto se leyera así: "*las donaciones con causa onerosa se regirán por las reglas de los contratos (entiéndase: onerosos) y por las disposiciones del presente título en la parte que excedan del valor del gravamen impuesto*".

Al comentar la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de julio de 1994, FLORENSA TOMAS (C.C.J.C., nº 37, 992, pág. 177) señala que es un tema superado por la doctrina y jurisprudencia que el artículo 622 CC, cuando se refiere a las donaciones remuneratorias, en realidad se está refiriendo a las donaciones onerosas o modales, pues no de otro modo cabe entender la remisión parcial a "*las disposiciones del presente título en la parte que excedan del valor del gravamen impuesto*".

³⁶ En este sentido, LACRUZ (*Elementos...*, II-3º, LB, 1986, pág. 160).

Cuando ALBALADEJO (*Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, VIII-2º, 1986, Edersa, especialmente págs. 63-64) expone su opinión sobre este punto, afirma que no ha afectado en nada a este respecto la modificación que padeció el artículo 622 en la segunda edición del Código civil, por la que se suprimió la referencia a los *onerosos*, al

aplicación de la presunción de fraude prevista para los actos a título gratuito (art. 1.297-I CC) a la parte de liberalidad absorbida por la carga. Para que los efectos de la impugnación de la donación modal alcancen a esta porción; es decir, para lograr la reintegración plena en el patrimonio del deudor del bien así enajenado, será necesario probar el *consilium fraudis*, según las reglas generales previstas para la impugnación de los contratos onerosos por fraude de acreedores (arts. 1.111 y 1.291-3º CC).

La regulación bipartita prevista en el art. 622 CC se refiere a los efectos del contrato³⁷. No parece aplicable este artículo en cuestión de forma de la donación. En un supuesto de cesión de inmuebles al Ayuntamiento con imposición de un modo a éste en interés de los cedentes, el Tribunal Supremo ha declarado la ineficacia del documento privado, por aplicación del artículo 633 CC y *no obstante el confusionismo que parece crear el artículo 622 del Código civil*³⁸. El artículo 622 CC se aplica, en concreto, a los efectos

remitirse a las reglas de los contratos (se leía antes que las "donaciones a título oneroso" se regirían por las reglas de "los contratos de igual clase", esto es, de los onerosos). El autor expresa así su opinión: *"y las reglas en cuestión son las de los contratos onerosos (por cierto que eso deja dudas, ... habrán de ser las del contrato oneroso adecuado, o las generales de los mismos), aunque se hable sólo de reglas "de los contratos", porque lo que se quiere es decir que "no por las reglas particulares de la donación pura"*.

Ciertamente, parece correcto pensar que si han querido excluirse las reglas de la donación pura, se rehúse también la aplicación de las normas previstas para los contratos gratuitos por razón de la liberalidad (por ejemplo, el art. 1297-I CC). Quedan, pues, las normas de los contratos onerosos.

³⁷ En este sentido, MANRESA (*Comentarios al Código civil español*, V, Madrid, 1896, pág. 78) lo expresa así: *"(...) hay que tener presente una cosa. Esa distinción dentro de un mismo acto entre lo que exceda de determinada cantidad y lo que no llegue a ella, se relaciona más inmediatamente con los efectos propios de ese acto, que con la forma del mismo o la capacidad"*.

³⁸ Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de julio de 1994. Se trata de un problema de atribución de la titularidad dominical de un solar con un edificio en construcción que se cedió por los propietarios al Ayuntamiento en documento privado, obligándose a elevar a documento público la donación cuando fuera expedida la calificación del centro comercial en construcción como Mercado Municipal y, por otra parte, obligándose el Ayuntamiento a entregar a los cedentes el importe de la adjudicación de la explotación de los puestos del mercado, almacenes y cámaras frigoríficas, durante cuarenta años, en las condiciones económicas previstas. Queda probado que el valor de lo cedido es muy superior al de la obligación impuesta por los cedentes. El Tribunal Supremo declaró como doctrina de la Sala la que determina que el artículo 633 CC *no exceptiona ninguna clase de donaciones* (sentencias de 31 de mayo de 1982 y 9 de mayo de 1988) *al tratarse de una condición imperativa por motivos de seguridad jurídica, de tal manera que de no cumplirse tal*

de la relación entre donante y donatario, o entre éste y los herederos de aquél³⁹ o sus acreedores. El precepto no alcanza a regular la relación que, en su caso, surja de la estipulación en interés de tercero. Ya apuntamos antes cuál es el régimen jurídico de la obligación modal.

III. AMBITOS PARA UNA POSIBLE APLICACION DEL ARTICULO 643 CC

De acuerdo con la interpretación doctrinal del artículo 622 CC, en caso de impugnación por fraude de acreedores queda excluida la aplicación indiscriminada del artículo 643 del Código civil a la totalidad de la donación modal⁴⁰. Sin embargo, creemos que el precepto sí pudiera aplicarse *a la parte de liberalidad que exceda del valor del gravamen impuesto*. Como hemos visto, la donación modal abarca diversidad de posibilidades (por ejemplo, según el modo sea en favor del donante, revierta en el donatario, o beneficie a un tercero). La distinta causa de las atribuciones patrimoniales, así como la variedad de

formalidad (...) el documento privado preparatorio se agota en sí mismo y se ve desprovisto de toda eficacia.

³⁹ ALBALADEJO (*Comentario del Código civil*, Ministerio de Justicia, 1993, I, págs. 1585 y siguientes; y *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, VIII-2º, 1986, Edersa, págs. 69 y siguientes) analiza los aspectos de las donaciones remuneratoria y modal (distinguiendo entre aquellas en que queda absorbida la liberalidad por el gravamen y aquellas en que no la absorbe totalmente) en que cabe aplicar en todo o en parte las reglas de las donaciones puras. Puede concluirse que se divide la normativa aplicable a la donación modal en cuanto a la parte absorbida por la carga y el exceso de la liberalidad, en los siguientes casos: 1) el previsto en el artículo 638 CC; 2) en los supuestos de reserva y reversión, salvo haberse establecido otra cosa; 3) en materia de revocación por superveniencia o supervivencia de hijos o descendientes, o por ingratitud; 4) y, por último, en materia de colación y reducción de donaciones. Nada dice respecto de la revocación por fraude.

⁴⁰ MANRESA (*Comentarios al Código civil español*, V, Madrid, 1896, pág. 138) manifestó así su oposición a la aplicación del art. 643 CC a la totalidad de la donación modal: *"Siempre que por la donación (...) se imponga algún gravamen al donante, existe un equivalente, hasta la concurrencia del cual el donatario no es un adquirente a título gratuito. Por muy respetable que sea el interés de los acreedores del donante, no puede sobreponerse a los derechos adquiridos a título oneroso por un tercero. En tal caso, podrá rescindirse la enajenación si se hizo en fraude de acreedores, mas no regirá la especial presunción establecida en el segundo párrafo del art. 643."*

casos que pueden resultar afectados por el cumplimiento del modo, hace que los indicios de onerosidad sean absolutos, relativos, o que simplemente no aparezcan, según los casos. Como consecuencia descubrimos junto a los casos en que el artículo 643 CC es aplicable tan sólo en la medida de la liberalidad *sobrante*⁴¹, según acabamos de ver, otros supuestos en los que el artículo 643 CC es aplicable a la totalidad del acto, o bien casos a los que no es aplicable en absoluto⁴².

Excluimos de nuestro estudio aquellos negocios en que, bajo la figura de la donación modal, aparece un modo cuya realización tiene un coste superior al valor de lo donado. En tales casos, la doctrina es unánime: la donación modal queda desvirtuada, no existe donación⁴³. La impugnación de este negocio se regirá por las reglas de los contratos onerosos⁴⁴. Más interés presenta el caso, a efectos de la objetivación del fraude, mirado

⁴¹ Es decir, la no absorbida por la carga.

⁴² Con SANDULLI (*Gratuità dell'attribuzione e revocatoria fallimentare*, ed. Eugenio Jovene, 1976, págs. 206-207), es oportuno recordar que en el supuesto de acción revocatoria la posición que el ordenamiento tiene en cuenta a fin de calificar el acto es la del deudor. El objeto de la calificación será el acto de disposición del deudor visto en relación a su patrimonio. *Pertanto* -señala el autor- *la disciplina di questo atto di disposizione muterà, in sostanza a seconda del beneficiario dell'onere e del titolo del suo acquisto*.

⁴³ Así, ALBALADEJO (*Comentario del Código civil*, I, Ministerio de Justicia, 1993, pág. 1631) y PRADA GONZALEZ (*La onerosidad y gratuidad de los actos jurídicos*, A.A.M.N., XVI, 1968, págs. 255-393, págs. 366-367), entre otros.

⁴⁴ DE LOS MOZOS (*El modo como elemento accesorio de la voluntad negocial*, R.D.P., 1978, págs. 223-234), refiriéndose a la obra de Hedemann, explica que cuando es igual o superior a la liberalidad, *no ha faltado quien considere que el modo se transforma en contraprestación y la liberalidad en negocio oneroso* (pág. 229). Después de matizar esta idea, concluye que, *a pesar de los términos utilizados por las partes, excediendo o siendo igual la carga modal que la liberalidad, hay que entender (...) que la intención de las partes era la de celebrar un contrato oneroso* (pág. 230).

En el mismo sentido, SANDULLI en *Gratuità dell'attribuzione e revocatoria fallimentare* (ed. Eugenio Jovene, 1976, pág. 207) considera que cuando el valor de lo donado sea sustancialmente igual al de la carga, la donación modal es equiparable al contrato oneroso en que las prestaciones se mantienen en equilibrio, a los efectos de la acción revocatoria. En este caso, será aplicable en Italia el segundo párrafo del art. 67 *Legge fallimentare*, que exige prueba del fraude para la revocación del contrato oneroso.

desde el punto de vista de los acreedores del donatario⁴⁵; pero no es este el tema que nos ocupa, sino el de la tutela de los acreedores del donante. Veamos, aisladamente, cada uno de los supuestos que se pueden dar, según el modo sea en interés del donante, del donatario o de un tercero.

III.1. Modo en interés del donatario

Si el modo repercute en el donatario, la liberalidad no queda limitada por el valor de la carga⁴⁶, por lo que es de aplicación el artículo 643 CC como si se tratase de una donación ordinaria⁴⁷. Puede decirse que la donación modal es entonces *objetivamente* fraudulenta y revocable cuando, al hacerla, quedó el deudor sin bienes suficientes para hacer frente al pago de sus deudas.

⁴⁵ Los acreedores de quien recibe una donación modal normalmente se ven beneficiados por el negocio y no tienen, por tanto, motivo para impugnarlo. Sólo cuando el donatario se obligue al cumplimiento de una carga cuyo valor exceda al del objeto donado, podrán sus acreedores verse perjudicados por el cumplimiento del modo. Como veíamos, según doctrina dominante, la obligación del donatario queda limitada por el valor del objeto donado. Más allá de este límite, no existe legalmente obligación de transmitir si el contrato se calificó como donación. Por esta razón, cuando el donatario (deudor insolvente) se exceda voluntariamente en el cumplimiento del modo, la diferencia sobre el valor exigible será revocable porque es objetivamente fraudulenta. Los acreedores del donatario podrán impugnar la concreta transmisión patrimonial y exigir del beneficiado por ella la restitución del valor (exceso sobre el valor del objeto donado) al patrimonio de su deudor.

⁴⁶ Algunos autores (Trasbot, Hoeniger, Grassetti) niegan el carácter de modo de la carga a favor del donatario; otros (Haymman y Oertmann) consideran que se trata de un *modo simple incoercible, salvo mediante la acción de enriquecimiento injusto*, según explica PRADA GONZÁLEZ, en *La onerosidad y gratuidad de los actos jurídicos* (A.A.M.N., XVI, Reus S.A., 1968, págs. 255-393, págs. 362-363). El autor estima que *las cargas impuestas en beneficio del propio donatario (...) suelen considerarse por la doctrina siempre gratuitas* (pág. 363).

⁴⁷ En Italia se ha defendido que la donación modal, cuando no aporte ventaja patrimonial al donante, se regirá a efectos de la revocatoria por las reglas de los actos a título gratuito. Así, *"se l'onere importi un vantaggio economico per il solo donatario"*, será aplicable el artículo 64 de la *Legge fallimentare* (SANDULLI, *Gratuità dell'attribuzione e revocatoria fallimentare*, ed. Eugenio Jovene, 1976, pág. 207). El precepto contiene una presunción *iuris et de iure* de fraude para los actos gratuitos celebrados por el quebrado en los dos años anteriores a la declaración de quiebra.

III.2. Modo en interés de tercero

Se trata normalmente de un *contrato con estipulación en favor de tercero*. Otras veces podría expresarse de distinta manera; Por ejemplo, cuando se obliga al donatario a asumir la deuda del donante, pero en este caso quizás destaca más el interés del donante que el del tercero. En cualquiera de los casos, debido a la necesidad de la aceptación del tercero para que nazca el derecho en su favor, conviene distinguir según se haya llevado a cabo o no el acto de aceptación (recepticio)⁴⁸.

2.1. *Antes de que nazca el derecho del tercero*, la impugnación de la donación se regirá por las mismas reglas que la de la donación ordinaria, pues no ha nacido todavía la obligación del donatario frente al tercero. El hecho de que se le haya comunicado al tercero la existencia del modo no tiene trascendencia a estos efectos si todavía no ha aceptado, porque hasta el momento de la aceptación no nace el derecho del tercero a exigir del donatario el cumplimiento⁴⁹. Por ejemplo, si el modo fuera *solvendi causa* y consistiera en la obligación del donatario de pagar una deuda del donante, la impugnación de la donación modal por otro de los acreedores puede ser revocada interrumpiendo la realización del pago previsto si todavía no había aceptado el acreedor en cuyo interés se estableció el modo, también si éste tenía ya conocimiento del modo. En contra podría decirse que este acreedor pudo confiar, desde el momento en que conoció la existencia del gravamen impuesto al donatario, en que su crédito iba a ser satisfecho y, por tanto, esa confianza merece protección porque de otro

⁴⁸ La aceptación del tercero es un requisito para la perfección de su derecho (TORRALBA SORIANO, *El modo en el Derecho civil*, ed. Montecorvo, 1967, pág. 274).

DIEZ-PICAZO (*Comentario del Código civil*, II, Ministerio de Justicia, 1993, art. 1.257, pág. 436) comenta que *según el texto del párrafo segundo del art. 1.257 el tercero puede exigir al promitente el cumplimiento de la estipulación hecha en su favor siempre que le hubiese hecho saber su aceptación antes de que haya sido aquella revocada*. En este sentido se han pronunciado también BONET RAMON (*Los contratos a favor de tercero*, A.A.M.N., XII, 1961, págs. 211-241, págs. 229-230) y ROCA SASTRE y PUIG BRUTAU (*Estipulaciones en favor de tercero*, Estudios de Derecho Privado, I, Barcelona, 1948, págs. 210-232, págs. 223-224 y págs. 227-228).

⁴⁹ ROCA SASTRE y PUIG BRUTAU (*Estipulaciones en favor de tercero*, Estudios de Derecho Privado, I, 1948, págs. 210-232, pág. 225) afirman que la aceptación del tercero no es una aceptación contractual, sino que es la *aceptación de una delación*.

modo quizás el acreedor habría puesto otros medios para el cobro. Sin embargo, cabe decir que la verdadera diligencia consistiría en haber aceptado al tener conocimiento del modo, y que -de lo contrario- no merece esa protección frente a otro acreedor perjudicado por la donación modal que la impugne, ya que no ha nacido un derecho en su favor. El mero hecho de que se le haya comunicado la existencia de ese modo no tiene trascendencia, como no la tendría el hecho de que el deudor le comunicase que tiene reservado el dinero para el pago de su crédito; los demás acreedores podrían intervenir y evitarlo si el deudor es insolvente.

2.2. Otro debe ser el régimen jurídico *una vez que existe aceptación*, tanto si se ha cumplido ya el modo como si debe todavía cumplirse.

A. En este último caso, *pendiente la prestación modal*, la impugnación del contrato no arrastra consigo necesariamente la obligación surgida en interés del tercero. La revocación de la donación no es causa de ineficacia absoluta del negocio, que sigue válido entre donante y donatario, sino tan sólo de determinados efectos frente a los acreedores del donante. ¿Qué efectos? Si el donatario es de buena fe, sólo aquellos efectos que supongan para él un enriquecimiento a costa del perjuicio causado a los acreedores del donante. Por tanto, una vez que ha nacido la obligación frente al tercero, no puede ya la revocación alcanzar a la totalidad de efectos de la donación sino que habrá que tener en cuenta el incremento del pasivo patrimonial que ha supuesto para el donatario de buena fe. Por esta razón hemos pensado que lo más correcto sea quizás aplicar a estos supuestos el mismo tratamiento que a aquellos otros en que la prestación modal ya haya sido realizada.

B. Si la prestación en favor de tercero ya se hubiese realizado, habrá que tener en cuenta cuál es la causa de la relación entre estipulante y tercero (relación de valuta) que, como vimos, puede ser *causa solvendi*, *credendi*, o *donandi*. En todos estos supuestos entra en juego el artículo 622 CC en la medida en que el cumplimiento del modo suponga un coste para el donatario.

B.1. Como decíamos antes, si el modo consiste en que se obligue el donatario a pagar alguna deuda del donante (*causa solvendi*) estamos ante un supuesto en que es más

notable el interés del donante que el del tercero. Por ello nos ocupamos de él al tratar los supuestos de modo acordado en interés del donante.

B.2. Si el modo consiste en la concesión de crédito a tercero⁵⁰ o se hace con el fin de obtener de él una contraprestación⁵¹ (*causa credendi*), y se ha cumplido, entra en juego el artículo 622 CC. Por ejemplo, supongamos que A queda insolvente al donar a B la cantidad de 100, pero le impone la carga de entregar 60 a C, quien -a su vez- se ha obligado por un negocio distinto a dar 70 a A en un plazo de un año. Supongamos que B ha cumplido ya con el modo y ha entregado 60 a C.

Como vimos, se puede considerar objetivamente fraudulenta y revocable la donación modal en la medida en que subsista la liberalidad (es decir, se reintegra en el patrimonio deudor el valor equivalente al enriquecimiento que la donación ha supuesto para el donatario, una vez cumplido el modo).

En cuanto a la devolución del crédito, o al cobro de la contraprestación, los acreedores del estipulante pueden subrogarse en su lugar (en la relación de valuta) para ejercitar frente al tercero las acciones correspondientes. Según esto, en el caso propuesto, los acreedores de A impugnarán la donación modal y como resultado de la impugnación lograrán la revocación parcial de la donación modal, de manera que se reintegra la cantidad de 40 en el patrimonio de A (esto es, el enriquecimiento de B después del cumplimiento del modo). Además, pueden subrogarse en lugar de A para exigir de C la entrega de 70 (art. 1.111 CC) o -en su caso- para el ejercicio de otras acciones que se justifican por la entrega de 60 que hizo B a C⁵².

⁵⁰ ROCA SASTRE y PUIG BRUTAU; *Estipulaciones en favor de tercero*, Estudios de Derecho Privado, I, Barcelona, 1948, pág. 227.

⁵¹ DIEZ-PICAZO y GULLON; *Instituciones de Derecho civil*, I, Tecnos, 1995, pág. 454.

⁵² No sólo la acción derivada de la relación de valuta. Si la causa de la relación de valuta es *credendi*, cuando no exista o desaparezca sobrevenidamente, el estipulante ha de disponer frente al beneficiario de una acción de enriquecimiento injustificado (DIEZ-PICAZO y GULLON, *Instituciones de Derecho civil*, I, Tecnos, 1995, pág. 454). Luego sus acreedores podrán también subrogarse en su lugar para el ejercicio de esta acción (art. 1.111 CC).

Por ejemplo, supongamos (en el mismo caso que proponíamos) que las 60 que B entrega a C en cumplimiento del modo al que se ha obligado frente a A encuentran su causa de justificación en un negocio entre A y C por el que éste se ha comprometido a realizar para aquél a realizar una prestación en una fecha determinada. El precio pactado es de 90, que

B.3. Cuando la causa del modo sea la mera liberalidad en favor del tercero (*causa donandi*), la estipulación a favor de tercero engendra, entre estipulante y tercero, una relación que normalmente será de donante a donatario, según Roca Sastre y Puig Brutau⁵³. Continúan: Pero -como dicen Colin y Capitant- será una donación indirecta, y cuya cuantía no es la propia de la prestación que recibe el tercero (...), sino la de la prestación del estipulante al promitente. De ahí que se diga que aunque entre tercero y estipulante no surge acción, sí pueden surgir del negocio consecuencias⁵⁴ para ellos⁵⁵, como es lógico, porque el incremento que experimenta el patrimonio del tercero se debe en última instancia a la voluntad del donante y al desplazamiento patrimonial entre donante y donatario⁵⁶. La consecuencia es que, cuando la relación de valuta sea *donandi causa*, se aplicará en las relaciones entre estipulante y tercero el régimen jurídico de las donaciones⁵⁷.

A se compromete a entregar a C una vez que éste ejecute su obligación. Para la realización de la prestación a la que se ha obligado, C debe hacer una serie de gastos en materiales, y por esta razón (para cubrir esos gastos) se dispuso que B le entregaría 60. Llegada la fecha de ejecución del contrato, C incumple y el contrato se resuelve.

En este caso, además de las acciones derivadas de la relación de valuta, es decir, derivadas del contrato entre A y C, parece que también tendría A una acción de enriquecimiento injusto frente a C por las 60 que recibió este último de B (que a su vez cumplía con el modo al que se obligó frente a A en virtud de la donación). Pues bien, en todas estas acciones pueden subrogarse los acreedores de A si éste es insolvente (art. 1.111 CC).

⁵³ ROCA SASTRE y PUIG BRUTAU; *Estipulaciones en favor de tercero*, Estudios de Derecho Privado, I, Barcelona, 1948, págs. 210-232, pág. 230.

⁵⁴ ROCA SASTRE y PUIG BRUTAU; *Estipulaciones en favor de tercero*, Estudios de Derecho Privado, I, Barcelona, 1948, págs. 210-232, pág. 229.

⁵⁵ BONET RAMON (*Los contratos a favor de tercero*, A.A.M.N., XII, 1961, págs. 211-245, pág. 233) explica que de la estipulación en favor de tercero surgen relaciones directas entre el estipulante y el promitente, y el tercero y el promitente, e indirectas entre el tercero y el estipulante.

⁵⁶ MANRESA (*Comentarios al Código civil español*, V, 6ª ed., 1951, pág. 112) afirma en este sentido que si el gravamen se constituye a favor de tercero y por su naturaleza envuelve una verdadera donación, las relaciones entre el donante y el tercero serán, por regla general, las que se determinan en el título II del Libro III del Código civil (*De la donación*).

⁵⁷ En este sentido se han pronunciado DIEZ-PICAZO y GULLON (*Instituciones de Derecho civil*, I, Tecnos, 1995, pág. 454); MANRESA (*Comentarios...*, V, 1896, pág. 77);

Por esta razón podemos afirmar que, si los acreedores del donante impugnan la donación modal, los efectos de la revocación alcanzarán a la atribución patrimonial hecha en favor de tercero. Se devolverá al patrimonio del deudor-donante el valor correspondiente al enriquecimiento que traiga su causa de la propia donación modal, precisamente porque la causa de esas atribuciones patrimoniales es la liberalidad del donante⁵⁸.

Por ejemplo, supongamos que el estipulante entrega al promitente una elevada suma de dinero y éste se obliga frente a él a donar una finca a un sobrino suyo. Si el estipulante queda en estado de insolvencia como consecuencia de la donación modal, sus acreedores podrán impugnar el negocio con independencia de la buena o mala fe de las partes. Como resultado de la revocación de la donación modal, serán reintegrados en el patrimonio del donante sin necesidad de probar el *consilium fraudis*, por razón de la lesión injusta del derecho de los acreedores del donante:

1º.- el valor⁵⁹ equivalente al enriquecimiento del promitente, esto es, la parte de liberalidad que exceda del valor del gravamen impuesto (arts. 622 y 643 CC);

2º.- el valor equivalente al enriquecimiento del tercero, causado por el promitente, pero justificado por la liberalidad del estipulante ya que la obligación impuesta al promitente trae su causa de la propia donación modal. Para ello habrá que demandar al tercero y la revocación de la donación se hace posible por aplicación del artículo 643 CC a la relación

y De Buen (como señala BONET en *Los contratos a favor de tercero*, A.A.M.N., XII, 1961, págs. 211-245, pág. 239), según el cual se aplicarán *las reglas de fondo relativas a las donaciones*.

⁵⁸ Se extiende un mismo acto de liberalidad a dos sujetos, donatario y tercero, y, en consecuencia, se extienden los efectos de la revocación de la liberalidad a los enriquecimientos que causó en los patrimonios de donatario y tercero, respectivamente.

En Italia, también SANDULLI (*Gratuità dell'attribuzione e revocatoria fallimentare*, ed. Eugenio Jovene, 1976, pág. 207) se muestra partidario de aplicar en este caso las normas de los actos gratuitos (art. 64 *legge fallimentare*) a la totalidad del negocio. El autor estima que cuando el modo representa una ventaja para un tercero, *donandi causa*, "il donante non riceve alcun vantaggio patrimoniale, per cui resta nei suoi confronti la natura di atto gratuito; egli, del resto, si serve del donatario come di un semplice mandatario, per cui palese è la sua posizione di donante puro e semplice".

⁵⁹ Hablamos de valor por cuanto los efectos de la acción se dirigen a la satisfacción del crédito de los acreedores. La lesión del derecho de crédito puede evitarse tanto por la devolución del bien donado como por la entrega del equivalente (arts. 1.294, 1.295 y 1.298 CC).

de valuta (estipulante-tercero). La solución puede que no sea del todo satisfactoria si atendemos al interés del promitente, que -en el caso que proponemos- no va a recuperar la finca pero debe devolver la cantidad recibida que exceda del valor de la misma. Sin embargo, es la solución que creemos que se adapta mejor a nuestro ordenamiento y está justificada por cuanto el cumplimiento del modo supone una proyección de la liberalidad del estipulante.

III.3. Modo en interés del donante

Creemos que merece distinto tratamiento la donación con modo en favor del donante cuando existe una relación de valuta (modo *solvendi causa*) que en el resto de los casos. Por esta razón vamos a tratar cada caso separadamente.

3.1. Donación con modo en interés del donante y en la que no se aprecia una relación de valuta entre donante y tercero

Supongamos que el donatario recibió una finca y se obligó por el modo a donar un cuadro de su colección al donante. En ese caso, si la enajenación de la finca supuso para el deudor quedar en estado de insolvencia, sus acreedores pueden subrogarse en su lugar para exigir la entrega del cuadro, de un lado. Y si esto no fuera suficiente para satisfacer el cobro de sus créditos, podrán impugnar la donación modal, subsidiariamente (arts. 1.111, 1.291-3º y 1.294 CC).

En estos supuestos, el contrato de donación modal puede manifestar con mayor claridad que en los casos anteriores atisbos de onerosidad⁶⁰. Por tanto, y según lo visto

⁶⁰ En Italia, SANDULLI (*Gratuità dell'attribuzione e revocatoria fallimentare*, ed. Eugenio Jovene, 1976, pág. 207) equipara la donación modal en que existe una *notable desproporción entre las atribuciones patrimoniales* (por sobrepasar el valor de lo donado al de la carga), a aquellos contratos onerosos en que las prestaciones acordadas o las obligaciones asumidas por el fallido, sobrepasen notablemente aquello que a él le es dado o prometido. Es decir, considera que les es aplicable el artículo 67.1.1º *legge fallimentare*, que presume *iuris tantum* el fraude en los contratos onerosos así realizados por el quebrado en los dos años anteriores a la declaración de quiebra.

Obsérvese que mientras en Italia existe una norma que tiene en cuenta la falta de equilibrio de las prestaciones en los contratos onerosos, a efectos de la acción revocatoria, en España, por el contrario, el artículo 622 CC se ocupa del régimen de las liberalidades en que aparecen sesgos de onerosidad. ¿Por qué no aproximar también a este régimen el de los

hasta ahora, el régimen jurídico de la impugnación del acto es el siguiente: se aplican las reglas de los contratos onerosos a la parte de la liberalidad absorbida por la carga, y el artículo 643 CC a la parte restante, para cuya reintegración en el patrimonio deudor no será preciso más que probar la lesión que causó al derecho de crédito.

3.2. Donación modal en la que se aprecia la relación de valuta entre donante y tercero (modo solvendi causa). La donación del art. 642 CC

Especial consideración merece la donación modal cuando la relación de valuta es *causa solvendi*, por cuanto son aplicables las normas de los pagos a la parte de donación absorbida por el gravamen. Un ejemplo puede ilustrarlo. Supongamos que A dona 100 a B y le impone la carga de entregar 60 a C en concepto de pago de una deuda de A. En tales circunstancias, B paga la deuda de A no por libre iniciativa sino obligado por el modo. Los restantes acreedores de A que se hayan visto defraudados por la donación no podrán impugnarla, salvo que se pruebe el *consilium fraudis*, en la medida en que la atribución patrimonial objeto de la donación ha causado la obligación de B de pagar a C, pero sí en la medida en que B se haya enriquecido por la donación. Es decir, la donación en este caso es objetivamente fraudulenta y revocable tan sólo en la parte de liberalidad no absorbida por el gravamen. En la parte restante son aplicables las normas de los pagos, porque tienen su causa en la relación de valuta (donante-tercero). Como vemos al tratar los pagos hechos en estado de insolvencia, el pago al que no pudo haber sido compelido el deudor al tiempo de hacerse es objetivamente fraudulento y da lugar a la revocación (art. 1.292 CC).

En el ejemplo propuesto, la impugnación daría lugar a la reintegración en el patrimonio de A del enriquecimiento de B a causa de la donación (40 si no le supuso ningún coste extraordinario efectuar el pago, o algo menos si hay gastos por este motivo). En caso

contratos onerosos en que existe una notable falta en el equilibrio de las prestaciones? También SANDULLI, en las páginas 133 y siguientes de la misma obra se manifiesta en este sentido: "Esiste invero nel Codice civile una distinzione tra i casi di gratuità totale e gratuità parziale: la seconda presenta una disciplina differenziata che tiene conto del sacrificio sopportato dalla controparte. A ben guardare la gratuità parziale ha un reciproco nella onerosità parziale: cioè, ciò che è parzialmente gratuito è anche necessariamente -data la complementarietà delle qualificazioni- parzialmente oneroso. Da ciò discende la equiparazione tra le due ipotesi. Insomma si deve ammettere la esistenza di una onerosità completa, una gratuità completa, una onerosità e gratuità parziale" (págs. 134-135).

de que la deuda pagada no fuera exigible⁶¹ al tiempo del pago, la impugnación dará lugar además a la reintegración en el patrimonio de A de las 60 que se entregaron a C en concepto de pago de la deuda de A (art. 1.292 CC); para ello habrá que demandar también a C. Todo ello con independencia de la buena o mala fe de las partes.

Por último, y en relación con la donación modal *solvendi causa*, quisiéramos detenernos en el supuesto de hecho del artículo 642 CC. El texto del precepto es el siguiente: *"Si la donación se hubiere hecho imponiendo al donatario la obligación de pagar las deudas del donante, como la cláusula no contenga otra declaración, sólo se entenderá aquél obligado a pagar las que apareciesen contraídas antes"*⁶². En este caso, salvo pacto expreso en contrario⁶³, el donatario sólo queda obligado a pagar a los acreedores del donante hasta donde alcance el valor de lo donado⁶⁴. Por tanto, los restantes acreedores -si los hubiera- pueden estar interesados en impugnar la donación modal por la que su deudor se desprendió de todos sus bienes cuando el cumplimiento del modo por el donatario no haya repercutido en la satisfacción de sus derechos personales. Veamos un ejemplo.

⁶¹ No nos referimos al donatario sino al deudor; es decir, a que no pudiera haber sido compelido el deudor al pago (art. 1.292 CC).

⁶² La obligación de pago de las deudas del donante debe figurar siempre de modo expreso, como se deduce de la expresión "*cláusula*" del artículo 642 CC. En este sentido, SCAEVOLA (*Código civil*, XI, Madrid, 1896, pág. 649).

⁶³ Art. 1.255 CC.

⁶⁴ El modo está limitado por el valor del objeto donado. En este sentido se pronuncia TORRALBA SORIANO en *El modo en el Derecho civil* (ed. Montecorvo, 1967, págs. 128 y siguientes). De lo contrario, si se pactase la entrega de la cosa imponiendo a la contraparte el pago de las deudas cuyo montante supera el valor del bien, no podría hablarse ya de verdadera donación, sino de un negocio distinto. En el mismo sentido, SCAEVOLA (*Código civil*, XI, Madrid, 1896, págs. 649-650); y, en la actualidad, ALBALADEJO (*Comentario del Código civil*, I, Ministerio de Justicia, 1993, pág. 1631) que -si bien no se pronuncia al respecto ("... *no habrá donación o la habrá sin enriquecimiento...*")- sí aclara la cuestión de fondo al afirmar que *lo que importa a fines prácticos es decidir si, se conceptúe el caso como se le conceptúe, el donatario debe pagar las deudas aun en lo que excedan de aquel valor, a lo que contesta que no, puesto que creo -explica- que la responsabilidad del donatario gravado con un modo, como lo es la obligación de pagar las deudas, no sobrepasa el montante de la liberalidad recibida*.

En diverso sentido, MANRESA (*Comentarios al Código civil español*, V, Madrid, 1896, pág. 137) opina que, en este caso, *aunque el importe de las deudas anteriores sea superior al valor de los bienes donados, el donatario ha de cumplir la obligación que contrajo, aunque entonces no puede hablarse precisamente de donación*.

Supongamos que A tiene dos acreedores (C y C') y dona a B todos sus bienes imponiéndole la obligación de pagar sus deudas. Si el valor de los bienes donados fuera 100 y la suma del montante de las deudas fuera superior (70 la de C y 80 la de C') B queda liberado de la obligación modal si satisface, por ejemplo, el crédito de C pagándole las 70 que se le debían y parte del crédito de C' pagándole 30. En ese caso, C' tiene todavía un derecho de crédito por valor de 50 frente a A, a cuyo pago no puede ser compelido B directamente aunque se hubiera aceptado la estipulación a favor de tercero⁶⁵. Tampoco indirectamente, por la vía subrogatoria (art. 1.111 CC), se podría compeler a B a efectuar el pago porque ya ha cumplido con lo que le era exigible por el modo. ¿Puede C' impugnar la donación modal? Como en todo caso de donación modal *solvendi causa*, es de aplicación el artículo 1.292 CC cuando en cumplimiento del modo se haya realizado el pago de deudas no exigibles al tiempo de hacerlo. En nuestra opinión, sólo en ese caso puede impugnarse la donación modal del art. 642 CC.

En ningún caso será de aplicación el art. 643 CC a la donación modal del art. 642 CC: En el ejemplo propuesto, porque la liberalidad ha sido plenamente absorbida por el modo. En los restantes casos (es decir, si el valor de lo donado fuera suficiente para exigir del donatario el pago de todas las deudas anteriores del donante⁶⁶), no es de aplicación el art. 643 CC porque la donación no es objetivamente fraudulenta⁶⁷ y además porque la acción pauliana es subsidiaria (arts. 1.291-3º y 1.294 CC). Los acreedores pueden o bien aceptar la estipulación en su favor y obligar al donatario al pago; o bien subrogarse en lugar de su deudor (donante) para compeler al donatario al cumplimiento del modo (arts. 1.111 y 642 CC).

⁶⁵ Salvo que B se hubiera comprometido expresamente a pagar la totalidad de los créditos de C y C'.

⁶⁶ Porque sobrepasa su montante o al menos es equiparable a él.

⁶⁷ En este punto nos remitimos al apartado dedicado a la asunción de deuda, donde hemos recogido una cuestión planteada por Roca Sastre al respecto. El autor señala que la donación del art. 642 CC no es fraudulenta (ROCA SASTRE; *La transmisión pasiva de obligaciones a título singular*, con la colaboración de Puig Brutau, en Estudios de Derecho Privado, I, Barcelona, 1948, págs. 320-321).

V. CONCLUSIONES

En el estudio de la donación modal encontramos, junto a supuestos en que es posible la plena revocación del contrato por ser *objetivamente* fraudulento; otros casos en que el acto tan sólo *parcialmente* puede ser tratado como *en sí mismo* fraudulento.

El primer grupo comprende la donación modal en que la carga revierte en el propio donatario; la donación modal con estipulación en favor de tercero *donandi causa*, teniendo en cuenta que del donatario tan sólo puede exigirse el valor del enriquecimiento que ha experimentado su patrimonio, y lo mismo del tercero; y, por último, la donación con modo *solvendi causa* en virtud de la que se pagasen deudas no vencidas o no exigibles, teniendo en cuenta que se reintegrará en el patrimonio del deudor el valor de lo pagado (para lo que se demandará al tercero-acreedor), y el valor correspondiente al enriquecimiento experimentado en el patrimonio del donatario.

En el segundo grupo, como donaciones modales *parcialmente* fraudulentas, quedan todas aquellas en que se estipuló el modo en interés del donante (si existe una relación de valuta *solvendi causa* habrá que excluir aquellos supuestos en que se paguen deudas no vencidas o no exigibles, que incluimos en el grupo anterior); así como aquellas otras en que la prestación modal es en interés de un tercero *credendi causa*. En estos casos, probado que la donación modal causó una lesión en los derechos de los acreedores del donante, la impugnación del negocio dará lugar a la reintegración en el patrimonio deudor del valor correspondiente al enriquecimiento experimentado en el patrimonio del donatario, sin perjuicio de que los acreedores dispongan por vía subrogatoria de otras acciones frente al tercero.

LA DONACION REMUNERATORIA

I. Introducción

II. Cuestiones previas

II.1. La delimitación del concepto de donación remuneratoria

II.2. La confusión acerca de la naturaleza jurídica de la donación remuneratoria

II.3. Una aproximación al régimen jurídico aplicable a la donación remuneratoria. El artículo 622 del Código civil

3.1. Conflictos de interés entre donante y donatario

3.2. Conflictos de interés entre donatario y herederos del donante

3.3. Conflictos de interés entre donatario y acreedores del donante

III. La impugnación de la donación remuneratoria

III.1. Objeciones a la objetivación del fraude en caso de donación remuneratoria

Respuesta a las objeciones

1.1. El artículo 880-5º del Código de comercio

1.2. El beneficio económicamente valorable al que da lugar el comportamiento remunerado

III.2. Razones que justifican la consideración de la donación remuneratoria como contrato objetivamente fraudulento

IV. Conclusiones

I. INTRODUCCION

En este capítulo, nos ocuparemos del tratamiento de la donación remuneratoria realizada por el deudor insolvente o que como consecuencia del acto deviene insolvente. En concreto, cuestionaremos la aplicación del régimen de la donación pura a la impugnación de la donación remuneratoria por fraude de acreedores. Por tratarse de una donación, ¿es de aplicación la presunción *iuris et de iure* de fraude del art. 643 CC? Por no ser un acto oneroso, ¿pueden invocar los acreedores la presunción de fraude prevista en el art. 1297-I CC? En otro caso, ¿merece el mismo tratamiento que si se tratara de un contrato oneroso? ¿Debemos, por tanto, exigir de los acreedores perjudicados por la donación remuneratoria la difícil prueba del *consilium fraudis* para la revocación del acto? No creemos que sea así. Como expresara De Castro refiriéndose a la donación remuneratoria, *esta figura, desesperación de los estudiosos, se resiste a ser clasificada de lucrativa o de onerosa. En ello está su interés*¹.

La causa remuneratoria se encuentra a caballo entre la onerosa y la gratuita. La transmisión patrimonial no se apoya en el sinalagma, pero -en cierto modo- quiere crearlo. El reconocimiento del valor que el servicio prestado tuvo para la persona que lo recibió, unido a la aceptación del donatario, dota a dicho servicio de relevancia jurídica. ¿Tiene alguna incidencia ese presupuesto de la causa remuneratoria² (el servicio remunerado) en la defensa del interés del donatario frente a los acreedores del donante que

¹ DE CASTRO, *El negocio jurídico*, pág. 266.

² SANCHEZ BLANCO (*Onerosidad, gratuidad y causa*, R.D.P., 1952, pág. 486) entiende que *el servicio o beneficio que se trata de remunerar no es otra cosa que el presupuesto causal*, y no la causa (art. 1.274 CC).

impugnan la donación?

II. CUESTIONES PREVIAS

La determinación del tratamiento de la donación remuneratoria en fraude de acreedores requiere resolver algunas cuestiones previas, tales como las siguientes: 1ª La delimitación del concepto de donación remuneratoria del que partimos; 2ª La naturaleza jurídica de la donación remuneratoria; y 3ª Una aproximación al régimen jurídico aplicable. Brevemente, nos referimos a cada una de ellas a continuación.

II.1. La delimitación del concepto de donación remuneratoria

García Goyena no fué partidario de calificar a la donación remuneratoria como donación impropia, distinta de la donación ordinaria³. Esta doctrina quedó plasmada de algún modo en el proyecto isabelino⁴. Pero también el autor de las *Concordancias* dejó constancia de su pensamiento contrario a que los contratos remuneratorios se rigieran por las reglas de

³ GARCIA GOYENA (*Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, II. Madrid, 1852, pág. 288), refiriéndose a las donaciones remuneratorias, escribe: "algunos autores las han colocado entre las impropias: otros, a mi entender, con más fundamento, entre las propias. De otro modo, a penas habría una donación rigurosamente propia, pues lo común es que los donadores se muevan por una causa anterior para ejercer una liberalidad absoluta e irrevocable; y la donación sin causa anterior impulsiva, más bien sería profusión y prodigalidad que liberalidad".

⁴ El Proyecto de Código civil de 1851 recogía esta doctrina en su art. 943 ("Las donaciones a título oneroso se regirán en todo como los contratos de igual clase; y las remuneratorias por las disposiciones del presente título (...). El título es el dedicado a las donaciones entre vivos). García Goyena explica que a falta de texto al respecto en el Código civil francés y en el Derecho romano, se tomó un texto semejante al del Proemio del Tít. 4, Partida 5. El texto de Partidas, que introduce la regulación de las donaciones en general, decía así: "(...) queremos aquí decir de las donaciones que se hacen, por gracias, o por bondad, de aquel que lo da, o por merecimiento de aquel que lo recibe".

LACRUZ (*Elementos...*, II-3º, LB, 1986, pág. 155), al constatar que el precedente inmediato del actual art. 622 en el proyecto isabelino es el art. 943, concluye que según el proyecto el régimen de todas las donaciones sería el mismo, pero la causa no.

los lucrativos⁵. La confusión inicial que esto pudiera producir queda paliada cuando, al leer *El negocio jurídico* vemos que Federico de Castro, que sigue a García Goyena al considerar que la donación remuneratoria es una donación pura, distingue entre donación remuneratoria y contratos con causa remuneratoria⁶. Más adelante nos referiremos nuevamente a ello.

El artículo 619 del Código civil no tiene un precedente en el proyecto de 1851. En él se reconoce como donación *la que se hace a una persona por sus méritos o por los servicios prestados al donante, siempre que no constituyan deudas exigibles, o aquella en que se impone al donatario un gravamen inferior al valor de lo donado*. Tan sólo la que se hace por los servicios prestados al donante define la donación remuneratoria a los efectos de este estudio⁷. Al referirnos a *los servicios prestados al donante, siempre que no constituyan*

⁵ Cuando comenta el art. 997 del Proyecto de 1851 (precedente del actual art. 1.274 CC), GARCIA GOYENA (*Concordancias...*, III, 1852, pág. 32) indica lo siguiente: "Pues léngase presente que, según el artículo 976, los contratos remuneratorios se reputan onerosos". En el art. 976 del Proyecto se distinguía entre contratos onerosos y lucrativos, sin mencionar los remuneratorios. Por eso, cuando comenta el art. 997 en que se distingue entre los tres tipos de causas, el comentarista del Proyecto hace alusión al art. 976 y apunta esa reconducción de los contratos remuneratorios a los onerosos.

⁶ DE CASTRO; *El negocio jurídico*, págs. 266-271.

⁷ LACRUZ (*Elementos...*, II-3º, LB, 1986) se pronuncia en contra de la doctrina mayoritaria y toma un concepto amplio de donación remuneratoria que comprende, junto a la que remunera los servicios recibidos, aquella que se hace por los méritos del donatario: "En la doctrina española es corriente excluir los méritos como causa caracterizante de la donación remuneratoria, alegando la falta de mención de éstos en el art. 1.274. Pero la palabra mérito está en la ley; concuerda con la concepción de una parte de la doctrina contemporánea al Código civil, y el legislador la incluyó en él intencionadamente, por lo que hay que respetar el texto legal, interpretado con razonables restricciones." (pág. 158; la misma idea aparece en las págs. 154 y 157 de la obra citada).

En contra podría alegarse que aunque la palabra *méritos* está en el art. 619 CC, no consta expresamente que entre bajo el concepto de donación remuneratoria, sino tan sólo que es también donación la que se hace por los méritos del donatario. La conceptualización de la donación remuneratoria que comprende exclusivamente la que se hace por los servicios prestados al donante es la que mejor se ajusta, por otra parte, a la clasificación que -en orden a la causa de los contratos- se hace en el art. 1274 CC: "(...) se entiende por causa (...) en los remuneratorios, el servicio o beneficio que se remunera".

Es doctrina mayoritaria la que se manifiesta en este sentido. Así, SANCHEZ CALERO (refiriéndose al legado remuneratorio; en el *Comentario del Código civil*, I, Ministerio de Justicia, 1993, art. 887, pág. 2171); LOPEZ PALOP (*La donación remuneratoria y el artículo 622 de nuestro Código civil*, A.A.M.N., 3, págs. 9-59, pág. 41); MANRESA (*Comentarios al Código civil español*, V, 6ª ed., Reus S.A., 1951, pág. 96);

deudas exigibles. queremos subrayar que se trata de servicios susceptibles de una valoración económica, y excluir toda motivación de carácter afectivo⁸ (en ese caso estaríamos ante una

PRADA GONZALEZ (*La onerosidad y gratuidad de los actos jurídicos*, A.A.M.N., XVI, Reus S.A., 1968, págs. 255-393, pág. 348); ROCA SASTRE y PUIG BRUTAU (*La donación remuneratoria*, en *Estudios de Derecho Privado*, II, Barcelona, 1948, pág. 541); CASTAN (*Derecho civil español, común y foral*, IV, 14ª ed., Reus S.A., 1988, pág. 257); ESPIN (*Manual...*, III, Edersa, 1983, pág. 592); PUIG BRUTAU (*Fundamentos de Derecho civil*, II-2º, 2ª ed., 1982, pág. 109).

También DIEZ-PICAZO y GULLON (*Sistema...*, II, 6ª ed., pág. 352): "la donación por méritos del donatario no es más que una donación simple y ordinaria, en la que el móvil que lleva al donante a tener animus donandi son los méritos del donatario. La donación remuneratoria es la que se hace por servicios prestados al donante". En el mismo sentido se pronuncian en *Instituciones de Derecho civil* (I, Tecnos, 1995, pág. 654).

Sobre la distinción entre donación remuneratoria y donación por méritos, o la unificación de ambas en una única categoría (donación remuneratoria), puede verse el comentario al artículo 619 de ALBALADEJO, en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales* (VIII-2º, Edersa, 1986, especialmente págs. 30-35). En torno a la disyuntiva planteada, puede afirmarse con Albaladejo que sí, a tenor del artículo 1274, en los contratos remuneratorios, como lo es la donación remuneratoria, la causa lo es "el servicio o beneficio que se remunera", no cabe en ese marco la remuneración por méritos (...). Quien dona por éstos, no remunera al donar; luego, la donación ésa no es remuneratoria, sino que es una donación ordinaria o pura, que el donante otorga guiado por un móvil o motivo, el premiar los méritos, lo que es distinto que donar para remunerar, en cuya hipótesis el fin de remunerar es verdaderamente causa y no simple motivo (págs. 31-32).

⁸ En Italia, se pronuncia en este sentido SANDULLI (*Gratuità dell'attribuzione e revocatoria fallimentare*, 1976, ed. Eugenio Jovene, pág. 195): "Anzi, questo elemento della rilevanza economica del comportamento del donatario deve ritenersi comune a tutte le figure di donazione remuneratoria, in quanto costituisce la più solida ratio della differente disciplina che il legislatore ha indicato per tali tipi di liberalità. \ La donazione pura e semplice, infatti, è capace di ricomprendere nel proprio ambito le liberalità che trovano il proprio fondamento in elementi puramente affettivi".

Entre nuestros autores, LACRUZ (*Elementos...*, II-3º, LB, 1986, pág. 158) explica que la motivación que convierte a la donación en remuneratoria no puede ser de carácter afectivo.

En diverso sentido se ha pronunciado ALBALADEJO (*Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, Edersa, VIII-2º, 1986, págs. 39-41), que no considera esencial que el servicio remunerado sea susceptible de valoración económica. Sin embargo, declara que si no lo fuera se aplicarían las reglas de la donación pura y no el régimen especial del art. 622 CC, lo que hace que coincida -en cuanto a las consecuencias que de ello se derivan- con el concepto de donación remuneratoria del que partimos. Comenta a este respecto: "En conclusión, pienso que generalmente habrá algún camino para fijar, por lo menos por los Tribunales, una cifra que sirva de valor razonable o, en el peor de los casos, de compensación equitativa, del servicio o beneficio recibido por el donante (...). \Si, de cualquier modo, se considera que cierto servicio o beneficio de que se trate en el caso que

donación pura).

A efectos del tratamiento de la donación remuneratoria impugnada por fraude de acreedores, interesa poner el acento en una segunda característica del servicio remunerado: *que no constituya deuda exigible*, según indica el tenor literal del propio artículo 619 CC. La expresión del precepto admite una doble interpretación: o bien que los servicios remunerados no fueran exigibles; o bien que la realización de estos servicios no genere acción frente al donante⁹. A este respecto, entendemos que el donante *no pudo ser compelido*

sea, cae fuera de toda posible valoración, pienso que, ello no obstante, se deberá seguir juzgando a la donación que lo recompense como remuneratoria (...). Pero no serán aplicables a tal donación remuneratoria las reglas de las de esta clase (...art.622) que se apoyen en la distinción de que lo donado en parte cubra y en parte exceda el valor del servicio remunerado, y en lugar de ellas habrá que aplicarle simplemente a toda la donación las reglas de las donaciones ordinarias" (también en este sentido, el mismo autor, en *Comentario del Código civil*, I, Ministerio de Justicia, 1993, art.619, pág. 1578).

⁹ No coinciden siempre los autores. Señalamos algunos ejemplos. MANRESA (*Comentarios al Código civil español*, V, 6ª ed., 1951, págs. 96-98) comenta que cuando el legislador se refiere a servicios que no constituyan deudas exigibles, no revela con claridad la idea que quiso expresar. Y comenta: *"¿Cuándo habrá donación remuneratoria de servicios? Solamente cuando los servicios no sean legalmente exigibles"*. Y añade una casuística de servicios que entran o que son excluidos de tal definición.

LOPEZ PALOP (*La donación remuneratoria y el art. 622 de nuestro Código civil*, A.A.M.N., 3, págs. 9-59, pág. 41) indica que para que exista donación remuneratoria se requiere *que el servicio no constituya una deuda jurídicamente exigible*.

ALBALADEJO (*Comentario del Código civil*, I, Ministerio de Justicia, 1993, art. 619, pág. 1577) explica la expresión acuñada en el precepto diciendo que *significa que han de no tener una contraprestación que jurídicamente deba por ellos el donante al donatario, por lo que exista una obligación para aquél a cambio de los tales servicios*.

NUÑEZ LAGOS (*Pago de lo indebido sin error*, R.G.L.J., febrero/1946, págs. 129-157, pág. 150), refiriéndose al servicio retribuido por la donación remuneratoria dice: *"Estos servicios no engendran acción civil para exigir su pago"*.

ROCA SASTRE y PUIG BRUTAU (*La donación remuneratoria*, en *Estudios de Derecho Privado*, II, Barcelona, 1948, pág. 548) especifican que *la donación remuneratoria se refiere a servicios cuya retribución no es jurídicamente obligada para el donante*.

LACRUZ (*Elementos...*, II-3º, LB, 1986, pág. 158) indica a este respecto que *no será donación lo entregado en correspondencia a unos servicios que podría cobrar quien los prestó y de los que quedó deudor el beneficiario. Sólo si el prestador había renunciado expresamente a cobrarlos, o carecía de acción, habrá liberalidad*.

AMOROS GUARDIOLA (*Comentario del Código civil*, II, Ministerio de Justicia, 1993, art. 1.274, pág. 484) comenta que *cualquier servicio que no sea obligatorio y como tal legalmente exigible será bastante para configurar la donación remuneratoria* y cita la S.T.S. 9 mayo 1988.

judicialmente a la entrega del valor de lo donado, ni siquiera por razón del servicio prestado. De otro modo, se desvirtuaría la causa remuneratoria. Esta imposibilidad del donatario para compeler a la remuneración aproxima la donación remuneratoria al supuesto de hecho del artículo 1.292 CC, como veremos.

II.2. La confusión acerca de la naturaleza jurídica de la donación remuneratoria

El servicio remunerado y el reconocimiento del valor de ese servicio se unen y adquieren relieve a efectos jurídicos bajo el amparo legal de la causa remuneratoria.

La naturaleza jurídica de la donación remuneratoria es muy discutida, porque es una liberalidad¹⁰ (Scaevola¹¹, Roca Sastre y Puig Brutau¹², Albaladejo¹³) que presenta

¹⁰ El artículo 619 CC es claro cuando califica como donación a la donación remuneratoria (*"Es también donación..."*).

También el *Codice civile* italiano, cuando define la donación remuneratoria, lo hace reconociendo expresamente su cualidad de liberalidad. (Art. 770 *Codice civile*: *"E donazione anche la liberalità fatta per riconoscenza o in considerazione del meriti del donatario o per speciale remunerazione. (...)"*).

¹¹ SCAEVOLA (Código civil..., XI-II, 5ª ed., 1943, pág. 539), al comentar el art. 619 CC, decía que *el mérito y el servicio prestado gratuitamente, y, por lo tanto, sin constituir una deuda exigible, no destruyen la liberalidad del donante*. Y añadía: *"El elemento gratuito sigue imperando en el contrato"*, para terminar diciendo que *si de algo hay que tachar la primera mitad del art. 619, no es ciertamente de inexacta, sino de inútil, porque definidos los caracteres integrales de la donación en el art. 618, no había para qué filiar oficiosamente un contrato abarcado ya por el aludido artículo*.

¹² ROCA SASTRE y PUIG BRUTAU (*La donación remuneratoria*, en Estudios de Derecho Privado, II, Barcelona, 1948, págs. 521-564, pág. 522) afirman que *para que la donación remuneratoria dejase de ser donación sería preciso que el desplazamiento patrimonial que en virtud de la misma efectúa el donante a favor del donatario, respondiera al mecanismo causal propio de los contratos o negocios onerosos, o bien que, sustancialmente, constituyera un acto de pago o de novación. Pero ninguna de estas tres circunstancias se producen en la donación remuneratoria*.

¹³ En cierto sentido puede decirse que ALBALADEJO (*Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, VIII-2º, Edersa, 1986, págs. 3 y siguientes) asocia la cualidad de gratuito a la liberalidad, y no sólo a la donación pura (en la pág.3, por ejemplo, afirma: *"Por acto liberal se entiende aquel por el que sin estar obligado a ello una persona proporciona a otra alguna ventaja o beneficio gratuito, es decir, sin nada a cambio"*).

aspectos de *onerosidad* (Roca Sastre y Puig Brutau¹⁴)¹⁵; porque, además, tiene cierta afinidad con las *obligaciones naturales* (García Goyena¹⁶, Rodríguez-Arias¹⁷)¹⁸; porque,

¹⁴ ROCA SASTRE y PUIG BRUTAU (*La donación remuneratoria*, en Estudios de Derecho Privado, II, Barcelona, 1948, págs. 521-564) reinciden en afirmar que ese *tinte de onerosidad* (pág. 539) o *matiz de onerosidad* (pág. 542) que aparece en la donación remuneratoria no llega a desplazarla del campo de las liberalidades, si bien la aproxima a los actos onerosos. Así, para estos autores se trata de una liberalidad que persigue un *resultado remuneratorio* (págs. 527 y 542); o de una *donación con motivo causalizado* (págs. 530, 542, 545). En todo caso, *no es una tertia species, equidistante entre los actos onerosos y los gratuitos, sino (...) una subespecie de donación* (pág. 547).

¹⁵ El artículo 622 del Código civil parece remitir la regulación de la donación remuneratoria a las normas de los contratos onerosos en la medida del valor del servicio prestado, y a las normas de la donación el resto.

PUIG BRUTAU (*Fundamentos...*, II-2º, 2ª ed., 1982, págs. 110-111) recoge las dos tendencias principales que sigue la doctrina al interpretar el art. 622 CC, una de las cuales considera que la donación remuneratoria es un *acto mixto*, oneroso hasta el valor del servicio y donación en lo demás.

También CASTAN (*Derecho civil español...*, IV, 14ª ed., Reus S.A., 1988, págs. 262-264) distingue, junto a otra tendencia partidaria de calificarla como donación pura, esta corriente doctrinal que interpreta la naturaleza de la donación remuneratoria a la luz del art. 622 CC como *acto mixto*.

SANCHEZ CALERO (*Comentario del Código civil*, I, Ministerio de Justicia, 1993, art. 887, pág. 2171) indica que la remuneración es algo más que la simple liberalidad.

¹⁶ GARCIA GOYENA (*Concordancias...*, II, 1852, págs. 288-289) subraya el carácter de liberalidad de la donación remuneratoria, que la distancia de *otras obligaciones naturales*: "*en las remuneratorias resplandece igualmente la liberalidad, puesto que se hacen "nullo jure cogente": la gratitud no produce en derecho ninguno de los efectos civiles atribuidos a otras obligaciones naturales*".

¹⁷ RODRIGUEZ-ARIAS (*La obligación natural*, Reus, 1953, 193 págs., págs. 77-83) estudia la donación remuneratoria en relación a la obligación natural, y afirma siguiendo a Oppo que *puede decirse que es donación remuneratoria la atribución hecha en ejecución del deber moral de reconocimiento; y obligación natural la ejecutada por un diverso deber moral o social*. El distinto trato que una y otra reciben está justificado *por la diversa intensidad del deber de gratitud respecto a los otros deberes morales o sociales*. Este deber de gratitud se encuentra en la donación remuneratoria, en la que *se acentúa el sentido personal*, y no en la obligación natural, en la que *destaca el sentido social* (pág. 79).

¹⁸ FUENMAYOR (*El cumplimiento "post mortem" de las obligaciones naturales*, A.A.M.N., X, 1959, págs. 5-50) niega el carácter de donación del cumplimiento de una obligación natural, así como que se trate de un acto oneroso, y dice que *podríamos calificarla de un acto neutro, a los que no se aplica la disciplina propia de los onerosos ni de los gratuitos* (pág. 29).

De la corriente doctrinal que ve en la donación remuneratoria un supuesto de

por último, la voluntad de retribuir el servicio recibido, unida a la aceptación del donatario, la hace semejante al *pago* (López Palop¹⁹, Castán²⁰)²¹.

Por otra parte, si atendemos a la clasificación que se recoge en el artículo 1.274 de nuestro Código civil, la causa remuneratoria no puede calificarse ni como onerosa, ni como de pura beneficencia, sino como la propia de los contratos remuneratorios; causa que consiste, siguiendo la expresión textual de este precepto, en *el servicio o beneficio que se remunera*²². La doctrina ha intentado aclarar estos términos (Sánchez Blanco²³, Clavería Gosálbez²⁴, De Castro²⁵, Albaladejo²⁶, Roca Sastre y Puig Brutau²⁷, Prada González²⁸,

obligación natural, dejan constancia ROCA SASTRE y PUIG BRUTAU, que rechazan esta teoría (*La donación remuneratoria*, en Estudios de Derecho Privado, II, Barcelona, 1948, págs. 521-564, págs. 549-551).

¹⁹ LOPEZ PALOP (*La donación remuneratoria y el art. 622 de nuestro Código civil*, A.A.M.N., 3, págs. 9-59, pág. 17) dice que en este caso el donante *se ve impulsado no por un espíritu de abnegación y beneficencia, sino de compensación y pago*.

²⁰ CASTAN (*Derecho civil español...*, IV, 14ª ed., Reus S.A., 1988, pág. 256) siguiendo a López Palop afirma que *la donación remuneratoria es (...) una forma de pago o dación en pago*.

²¹ ROCA SASTRE y PUIG BRUTAU (*La donación remuneratoria*, en Estudios de Derecho Privado, II, Barcelona, 1948, págs. 521-564, pág. 522 y págs. 549-550) niegan que la donación remuneratoria sea *esencialmente* un pago. Si bien esto es cierto, creemos que sí puede predicarse la cercanía de la donación remuneratoria a los pagos, puesto que el servicio prestado adquiere relevancia jurídica por voluntad de las partes por medio de la causa remuneratoria, como motivo de la donación.

²² Por ejemplo, en la sentencia de 14 de marzo de 1995, el Tribunal Supremo admitió en los siguientes términos la validez de una donación remuneratoria disimulada bajo la apariencia de una compraventa: *"la realidad de la fijación de un precio simbólico, la injustificada prueba de su existencia efectiva (precio confesado), y el hecho de los prolongados servicios desinteresados que recibió doña María de su sobrino, son causas suficientes para entender cuál debió de ser la voluntad de la señora transmitente"*. El Tribunal Supremo se refiere a la *liberalidad del donante en las donaciones gratuitas* y a la *causa retributiva en las onerosas*.

²³ SANCHEZ BLANCO (*Onerosidad, gratuidad y causa*, R.D.P., 1952, págs. 476-510, pág. 486) entiende que *la causa de los contratos remuneratorios no es el servicio o beneficio que se remunera, sino la intención de remunerarlo*.

²⁴ CLAVERIA GOSALBEZ (*Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, XVII, 1ª-B, Edersa, 1993, art. 1.274) señala la *falta de coherencia interna, de unidad y de rigor conceptual* del artículo 1.274 CC (págs. 530-531). Coincidimos con el autor cuando

manifiesta que la distinción entre contratos de pura beneficencia y remuneratorios es cuestionable, pero (...) no abiertamente repudiable (pág. 532). En cuanto a los contratos remuneratorios, sigue a De Castro.

²⁸ DE CASTRO (*El negocio jurídico*, 1971, Cívitas, reimpr. 1991, pág. 269) dice así: "En el contrato remuneratorio, las partes consienten (expresa o tácitamente) en que lo dado o prometido lo es en remuneración de un servicio o beneficio ya prestado. Este, para servir de causa, habrá de ser considerado, subjetiva y objetivamente, que corresponde a la remuneración".

²⁹ ALBALADEJO (*Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, Edersa, VIII-2º, 1986, pág. 36) estima que el fin de remunerar es causa de la donación remuneratoria. El fin de remunerar añade algo al simple fin de enriquecer liberalmente al donatario (...). El fin de remunerar supone que, mediante el enriquecimiento liberal, se persigue algo ulterior, recompensar al donatario por lo que éste proporcionó al donante sin contrapartida. (...). La prestación gratuita del donante persigue proporcionar al donatario un enriquecimiento en el que se concreta el agradecimiento a éste por un servicio o beneficio recibido de él.

³⁰ ROCA SASTRE y PUIG BRUTAU (*La donación remuneratoria*, en *Estudios de Derecho Privado*, II, Barcelona, 1948, págs. 521- 563, pág. 546) afirman que el artículo 1.274 CC, cuando dice que la causa en los contratos remuneratorios es "el servicio o beneficio que se remunera" hay que entenderlo bajo el juego causalizador del motivo remuneratorio. (...). Aunque este precepto diga que la causa en este caso es el servicio, esto no es cierto, porque, en rigor, no es el servicio en sí lo que mueve al donante a remunerar, sino el fin de remunerar tal servicio. Según estos autores, el servicio prestado debe calificarse de motivo causalizado (pág. 548).

³¹ PRADA GONZALEZ (*La onerosidad y gratuidad de los actos jurídicos*, A.A.M.N., XVI, Reus S.A., 1968, págs. 255-393, pág. 320-321) critica la tricotomía del art. 1.274, por cuanto se separa -inútilmente, a su juicio- de la clasificación dualista de la causa (onerosa-gratuita). No creemos que sea tan clara la inutilidad del precepto, antes bien la distinción que establece puede ser provechosa porque, efectivamente, la frontera entre la onerosidad y la gratuidad no está bien delimitada y, en esa zona intermedia se encuentra la causa remuneratoria que, consiguientemente, determina o requiere un régimen jurídico propio.

³² MORALES MORENO (*Enciclopedia Jurídica Básica*, I, Cívitas, 1995, voz *causa* (Dº civil), pág. 960) explica que el Código civil, en el artículo 1.274, ofrece unos modelos de causa ("causa genérica") con los que comprobar si la causa concreta del negocio se ajusta o no a las exigencias del ordenamiento.

³³ DIEZ-PICAZO (*Fundamentos...*, I, Cívitas, 4ª ed., 1993, págs. 226-227) enumera los reproches que la doctrina ha hecho a la técnica con que nuestro Código civil recoge la idea de causa. Entre éstos, el siguiente: "la distinción entre "contratos remuneratorios" y "contratos de pura beneficencia" es enteramente falsa, artificiosa y arbitraria, pues ambos son sólo subtipos o subespecies del género donación (cfr. art. 622), como lo demuestra el

II.3. Una aproximación al régimen jurídico aplicable a la donación remuneratoria. El artículo 622 del Código civil

Se ha dicho que *el gran problema que tiene la donación remuneratoria en el Código civil es el de su regulación*³². En efecto, como consecuencia de la falta de acuerdo en cuanto al concepto y naturaleza jurídica de la donación remuneratoria, no existe tampoco una doctrina clara en relación con el régimen jurídico aplicable a la figura. A esto se añade la defectuosa redacción del artículo 622 del Código civil³³.

A primera vista, este precepto legal contiene la norma que determina el régimen jurídico aplicable a la donación modal y a la donación remuneratoria: *"Las donaciones con causa onerosa se regirán por las reglas de los contratos, y las remuneratorias por las disposiciones del presente título en la parte que excedan del valor del gravamen impuesto"*. Sin embargo, a efectos de la interpretación del espíritu del precepto, no podemos remitirnos a lo expuesto al tratar de la donación modal, además de porque en la donación remuneratoria no se impone ningún gravamen (expresión que en todo caso podría sustituirse por la de *servicio remunerado*), porque la conclusión a que se llegaba entonces en cuanto al régimen aplicable, no siempre es adecuada a las cualidades propias de la relación jurídica creada por la donación remuneratoria.

Así, por las razones que trataremos de dar a continuación, no creemos que sea lo más correcto interpretar el art. 622 CC en sentido de afirmar que la donación remuneratoria se rige *siempre y en todo* por las normas de la donación ordinaria en la parte en que el objeto donado no sea absorbido por el valor del servicio o beneficio prestado, y

hecho de que se hable de "pura beneficencia" y de "mera liberalidad", con lo que implícitamente se admite una beneficencia que no es pura y una liberalidad que no es simple".

³¹ AMOROS GUARDIOLA (*Comentario del Código civil*, II, Ministerio de Justicia, 1993, art. 1.274, pág. 484) hace eco, siguiendo a Díez-Picazo, de las críticas de que ha sido objeto el artículo 1.274 CC. El autor afirma que *de los tres tipos de causas aquí recogidos, las más importantes son la causa onerosa y la gratuita*. No se pronuncia más acerca de la conveniencia o no de distinguir como tercera causa la remuneratoria.

³² DIEZ-PICAZO y GULLON; *Instituciones...*, I, Tecnos, 1995, pág. 655.

³³ Sobre las numerosas críticas que ha recibido este precepto, véase la nota correspondiente en el apartado dedicado a la donación modal.

por las normas de los contratos onerosos en la parte restante. Tampoco lo aconseja así parte de la doctrina (Puig Brutau³⁴, Scaevola³⁵, Lacruz³⁶, Roca Sastre y Puig Brutau³⁷, Díez-Picazo y Gullón³⁸; En sentido diverso, Prada González³⁹, Manresa⁴⁰, Albaladejo⁴¹; y,

³⁴ PUIG BRUTAU (*Fundamentos...*, II-2º, 2ª ed., 1982, págs. 111-112) ha escrito en este sentido lo siguiente: *"Nosotros creemos, con PEREZ y ALGUER, que es preferible considerar que el art. 622 menciona las donaciones remuneratorias por error. (...) En todo caso, no creemos que deba desarticularse la donación remuneratoria en una parte gratuita y otra onerosa para someterlas a regímenes dispares, (...)".*

³⁵ SCAEVOLA (*Código civil*, XI, 1896, art. 622, págs. 405-433) delata la contradicción en que incurre el legislador en la segunda mitad del art. 622 (pág. 431); considera más correcta la regulación del proyecto isabelino, en cuyo art. 943 se declaraba que la donación remuneratoria se regiría por las reglas relativas a la donación (pág. 431) y concluye que *el legislador de 1889, lo mismo que el de 1851, no aprecia la causa impulsiva de las antedichas donaciones por su estimación pecuniaria como valor compensable. / La apreciación de la causa es meramente jurídica, como tal causa, en cuanto pueda ser lícita o ilícita, verdadera o falsa* (pág. 432). La prueba de que se *priva* al servicio remunerado *de los caracteres propios de todo factor compensable* está, a juicio del autor, en la *no exigibilidad* del mismo señalada en el artículo 619 CC (pág. 433).

³⁶ LACRUZ (*Elementos...*, II-3º, LB, 1986, págs. 155-156) indirectamente muestra que el art. 622 CC no tiene la misma interpretación en uno y otro caso. Por ejemplo, señala que uno de los problemas que plantea este precepto es que *las donaciones remuneratorias, por serlo, no se someten a ningún "gravamen", y por tanto no puede producirse la hipótesis del art. 622 de que "excedan del gravamen impuesto": son las donaciones con carga las que pueden entrar en esta hipótesis* (pág. 155). Y añade que en su opinión *el art. 622 in fine, al carecer de sentido si se le interpreta según su letra, admite una versión más libre, según la cual la donación remuneratoria es una verdadera donación, si bien sometida a reglas especiales en atención a que su causa excede de la mera liberalidad* (pág. 156). Estas reglas especiales, señala el autor, habrá que descubrirlas *con criterios proporcionados por los arts. 619, 622 y 887 Cc. y 880 Ccom.* (pág. 159).

³⁷ ROCA SASTRE y PUIG BRUTAU (*La donación remuneratoria*, en Estudios de Derecho Privado, II, Barcelona, 1948, pág. 557-558) sin querer entrar -por los límites de su trabajo- a analizar los problemas que plantearía una aplicación rígida del art. 622 CC, sí dan su opinión en cuanto al régimen jurídico aplicable a la donación remuneratoria, y es la siguiente: *"La donación remuneratoria es donación y se rige por las reglas de la donación ordinaria, salvo en los casos específicos en que la condición de remuneratoria imprima una norma especial"*. Con la opinión de Roca, así como la anterior (de Lacruz), es con la que coincide la nuestra, como se verá más adelante.

³⁸ DIEZ-PICAZO y GULLON (*Instituciones...*, I, Tecnos, 1995, pág. 655) ponen de manifiesto que *el artículo 622 es (...) un precepto inaplicable para la donación remuneratoria, salvo que se recurra a la sustitución de "gravamen impuesto" por "servicios prestados", que es arbitraria por no poder fundamentarse en ninguna base legal.*

en la más extrema de las posturas, López Palop⁴²). A nuestro juicio es más acertado no identificar el régimen de la donación modal con el de la donación remuneratoria, pese a que la redacción del art. 622 CC sea común a ambas figuras. Si miramos al Derecho financiero observamos que no reciben un trato idéntico⁴³. Tampoco creemos que deba identificarse el título remuneratorio con el título gratuito⁴⁴, ni con el oneroso⁴⁵.

³⁹ PRADA GONZALEZ (*La onerosidad y gratuidad de los actos jurídicos*, A.A.M.N., XVI, 1968, Reus S.A., págs. 255-393, pág. 351) concluye que *si el importe de la donación excede con mucho del servicio que se remunera, es preciso separar el acto en dos partes distintas: oneroso hasta el importe del servicio y auténtica donación en cuanto excede de él*.

⁴⁰ MANRESA (*Comentarios...*, V, 1896, art. 622, págs. 77-78) emplea expresiones que admiten la excepción, pero es partidario de que la regla general que se extrae del art. 622 es la de aplicar a la donación remuneratoria el régimen de los contratos onerosos en la parte equivalente al valor del servicio remunerado, y las reglas de las donaciones a la parte restante: *"(...) porque en realidad existe algo equivalente a lo que se da, y la revocación del acto no siempre sería justa. Sólo en la parte en que exceda lo donado de una equitativa remuneración del servicio recibido, podrán aplicarse en principio las reglas especiales sobre revocación de donaciones"*.

⁴¹ ALBALADEJO (*Comentario del Código civil*, I, Ministerio de Justicia, 1993, art. 622, pág. 1583), también en sentido diverso a la opinión a que nos acogemos, es partidario de que el espíritu del precepto es el mismo para donación modal y remuneratoria.

⁴² La más extrema de estas posturas es la que sostiene que la donación remuneratoria debe regirse por las normas de los contratos onerosos. En este sentido se pronuncia LOPEZ PALOP en *La donación remuneratoria y el art. 622 de nuestro Código civil* (A.A.M.N., t. 3, págs. 9-59, pág. 58): *"La donación remuneratoria, venimos sosteniendo, es una excepción a la doctrina general de las donaciones, rigiéndose no por las reglas de los actos a título gratuito, sino por las de los onerosos"*.

⁴³ El Derecho financiero distingue entre la donación remuneratoria y la donación modal. La primera se rige por las reglas de la donación, mientras que la donación en que se impone un gravamen al donatario sólo tributa como tal donación *por la diferencia*. Así resulta del artículo 29 de la Ley del Impuesto sobre sucesiones y donaciones y del artículo 59 del Reglamento que la desarrolla.

⁴⁴ Como señalábamos en notas anteriores, la donación remuneratoria se trataba como donación pura en el Proyecto de Código civil de 1851. Junto a García Goyena, han sido partidarios de la identificación del régimen de la donación remuneratoria con el de la donación pura Scaevola, Pérez y Alguer, o Puig Brutau. También SAVIGNY (*Sistema del Derecho romano actual*, traducido del alemán por Guenoux y vertido al castellano por Mesía y Poley, III, Madrid, 1879, pág. 61) afirma que *en principio, debemos preferir la (...) opinión que considera la donación remuneratoria como pura y simple, pues, en efecto, si ciertas miras y propósitos, aun los interesados, no excluyen la existencia de la donación,*

Por su carácter ambiguo entre la gratuidad y la onerosidad, la donación remuneratoria puede producir efectos comunes a una y otra causa, según los casos. En los supuestos de compraventa simulada, por ejemplo, suele aceptarse la validez de la donación remuneratoria disimulada, considerando suficiente la escritura de compraventa (un ejemplo es la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de marzo de 1995⁴⁶; en diverso sentido la

por qué el reconocimiento habría de tener este privilegio? Sin embargo, al margen de esta consideración general (prevista para aquellos casos en que, por ejemplo, un artesano prestó un servicio sin fijar un precio y después quiso el beneficiado remunerarlo con una donación; págs. 64-65) queda un supuesto que merece un tratamiento distinto: la donación hecha a quien nos ha salvado la vida. Savigny justifica este distinto trato con fundamento en un texto de Paulo, cuya expresión *"in infinitum donare non prohibemur"* se interpreta en sentido de excluir estas donaciones de la formalidad de la insinuación, y no se les aplica la prohibición entre esposos, ni la revocación por causa de ingratitud (pág. 67). Pero advierte finalmente que debe tenerse en cuenta (...) que el hecho de salvar la vida es de tal manera especial que no podrán extenderse las disposiciones de este texto a ningún otro motivo de reconocimiento (pág. 67).

⁴⁵ En sentido de identificar el régimen de la donación remuneratoria con el de los contratos onerosos se encuentra la opinión de López Palop, como precisábamos en una nota anterior. También, en Italia, SANDULLI (*Gratuità dell'attribuzione e revocatoria fallimentare*, Eugenio Jovene, 1976, pág. 201) se muestra partidario del carácter oneroso de la donación remuneratoria si hay equivalencia económica entre el valor de lo donado y el del servicio remunerado: *"In genere, la disparità di trattamento tra la donazione remuneratoria e i contratti c.d. onerosi viene data come un postulato, essenzialmente sulla base del carattere "gratuito" della donazione. Inoltre, si dice che mentre nei contratti c.d. onerosi il fallito era obbligato ad adempiere, nella donazione remuneratoria non sussisteva alcun obbligo di attuare la remunerazione: la logica di tale affermazione è puramente illusoria: infatti, non può essere dato a tale circostanza alcun rilievo (...)"*.

⁴⁶ Al comentar esta sentencia, ASUA GONZALEZ (C.C.J.C., nº 38, 1040) explica que las primeras sentencias del Tribunal Supremo que admitieron la validez de las donaciones encubiertas por compraventas simuladas en escritura pública recayeron en casos de donaciones remuneratorias (...) y que ha habido decisiones en las que al tratarse de una donación remuneratoria ha sido determinante para aceptar la validez de la donación y atenuar el rigor formal. La autora matiza estas afirmaciones señalando que otras veces se ha mantenido la validez de la donación encubierta no siendo ésta ni remuneratoria ni onerosa mientras que en ocasiones ha considerado que el no cumplirse el requisito formal hacía inválida la donación "cualquiera que fuese su clase (...)". Finalmente explica Asúa -y es lo que nos interesa- que cuando se ha incidido, con carácter decisivo, en que la donación era remuneratoria, el razonamiento no ha sido el de libertad formal para este tipo de donaciones sino una, difícilmente compartible, atenuación del rigor formal que ha conducido a considerar que en tales casos servía la escritura pública; sólo en la Sentencia de 7 de marzo de 1980, y sin erigirse en el caso en ratio decidendi, se señaló que el rigor del criterio de la nulidad no operaría con las donaciones remuneratorias "en razón de su disciplina legal

sentencia del Tribunal Supremo de 24 de octubre de 1995 *incluye dentro de las solemnidades propias del art. 633 CC tanto a las donaciones directas como a las encubiertas, sean éstas de la naturaleza que sean, incluidas las remuneratorias*⁴⁷), mientras que no suele estimarse suficiente aquella escritura para dar validez a la donación puramente liberal disimulada. A juicio de Albaladejo, la donación remuneratoria no requiere una forma determinada, no se le aplica el artículo 633 CC porque no es puramente liberal y la forma sólo se exige a la donación que sí lo es⁴⁸. Al margen de la cuestión de la forma de la donación, consideremos tres niveles distintos de relación a que puede dar origen la donación remuneratoria: 1º) La relación jurídica que se crea entre donante y donatario; 2º) La situación jurídica del

(art. 622 CC), *marginadas de la estricta normativa propia de los negocios de exclusiva causa liberal*", tal vez queriendo decir que en realidad no necesitaban forma solemne.

⁴⁷ DURAN RIVACOBIA (*Comentario a la sentencia de 24 de octubre de 1995*, en C.C.I.C., 1996, nº 40, 1089, págs. 325-355, págs. 339-340) indica que esta postura es acertada pero recuerda que normalmente se relajan *las formalidades jurídicas propias de las liberalidades de inmuebles* cuando se trata de una donación remuneratoria y tales liberalidades se ocultan mediante las apariencias de un acto de distinto signo, de manera que la escritura pública de compraventa puede valer para la donación remuneratoria y esto alegando algunas sentencias del Supremo que el art. 622 aleja a la donación remuneratoria del régimen normal de las donaciones. Durán Rivacoba es autor también de una monografía sobre este tema, *"Donación de inmuebles. Forma y simulación"* (Pamplona, 1995).

⁴⁸ ALBALADEJO (*Jurisprudencia comentada; S.T.S. de 23 de octubre de 1995*, R.D.P., 1996, febrero, pág. 159) recoge jurisprudencia reciente en favor de que la donación remuneratoria debe guardar la forma solemne de la donación pura, y otro número aproximado de sentencias del Supremo que constituyen jurisprudencia (en sentido amplio) a favor de la libertad de forma. A juicio del autor, la doctrina relevante es la que sostiene la libertad de forma (Díaz Alabart, Amorós, De Castro). También ALBALADEJO (*Jurisprudencia comentada; S.T.S. de 30 de diciembre de 1995*, R.D.P., 1996, marzo, págs. 120-140) señala cómo la parte recurrente debió alegar el carácter remuneratorio de la donación para evitar que se declarara nula la donación de inmuebles hecha en documento privado en el que se declaraba la voluntad de donar *"en reconocimiento por los servicios y asistencias"* recibidos. Debió alegar *que hay doctrina y jurisprudencia que (...) admiten la libertad de forma de la donación remuneratoria; afirmación que será más o menos discutible pero que siempre es mejor defensa (...)*.

En la misma línea se pronunciaba también Silvia DÍAZ ALABART, en su trabajo sobre *"La nulidad de las donaciones de inmuebles simuladas bajo compraventa de los mismos en escritura pública y su validez por no necesitar forma si son remuneratorias y el valor del servicio remunerado absorbe el del inmueble donado"* (R.D.P., 1980, págs. 1.101 y siguientes), si bien se matiza que el valor del servicio debe ser equivalente o mayor que el del bien donado, esto es, el valor de lo donado queda absorbido por el del servicio remunerado.

donatario frente a los herederos del donante; 3º) La situación jurídica del donatario frente a los acreedores del donante. Tan sólo este último caso interesa a efectos de nuestro estudio; no obstante, hemos querido recoger el parecer de la doctrina sobre todos ellos porque los autores se han pronunciado con mayor frecuencia con respecto a los dos primeros, y conocer sus opiniones puede orientarnos para articular el régimen de la impugnación de la donación remuneratoria por los acreedores, objeto de este apartado de nuestro trabajo y sobre lo que apenas se ha escrito.

3.1. En cuanto a los *conflictos de intereses que se puedan plantear entre donante y donatario*, no parece procedente la revocación de la donación por ingratitud del donatario cuando el valor de lo donado sea proporcional al valor del servicio remunerado (Roca Sastre y Puig Brutau⁴⁹, Lacruz⁵⁰, López Palop⁵¹)⁵², porque la voluntad de las partes al donar y aceptar la donación, respectivamente, fue la de dotar de relevancia jurídica al servicio prestado y a su remuneración, lo que supone un ánimo de pago⁵³. De otro modo, estaríamos ante una donación pura. Si excediera notablemente el valor de lo donado respecto del servicio prestado, pudiera admitirse -según algunos- la revocación por ingratitud del donatario respecto del valor sobrante, pues en él resplandece el lucro del donatario (Manresa⁵⁴,

⁴⁹ ROCA SASTRE y PUIG BRUTAU (*La donación remuneratoria*, en Estudios de Derecho Privado, II, Barcelona, 1948, pág. 559) niegan la posibilidad de revocación de la donación remuneratoria por causa de ingratitud.

⁵⁰ LACRUZ; *Elementos...*, II-3º, LB, 1986, pág. 159, siguiendo a Roca.

⁵¹ En este sentido recoge LOPEZ PALOP la opinión de otros autores (Olegario Machado y Van Wetter) en *La donación remuneratoria y el art. 622 de nuestro Código civil* (A.A.M.N., 3, págs. 9-59, en las págs. 25 y 37 respectivamente); también el autor niega indirectamente que sean revocables por causa de ingratitud al ser partidario de la aplicación de las normas de los contratos onerosos a toda donación remuneratoria.

⁵² En diverso sentido, como señalamos antes, Savigny afirmaba la revocación de la donación remuneratoria por causa de ingratitud, salvo cuando se hizo en favor de quien salvó la vida del donante.

⁵³ Como señalaba LOPEZ PALOP en *La donación remuneratoria y el art. 622 de nuestro Código civil* (A.A.M.N., 3, pág. 17).

⁵⁴ MANRESA; *Comentarios...*, V, 6ª ed., 1951, pág. 113.

también en el *Febrero*⁵⁵).

Un segundo supuesto es el de revocación por superveniencia o por supervivencia de hijos. Aunque en este caso se añade un tercer interés al de donante y donatario (el interés familiar o de los hijos⁵⁶), parece también conveniente seguir la regla anterior⁵⁷. Señala De Castro que esta fue la solución adoptada por el Derecho común⁵⁸. Así lo dispone también ahora, en particular, el Código italiano⁵⁹.

¿Y el saneamiento por vicios ocultos? Parece que en este caso debe rechazarse la pretensión de saneamiento porque no se recibió *a cambio* del servicio sino *porque* se prestó el servicio, lo que dificulta que el donatario pueda compeler al donante para recibir

⁵⁵ En el *Febrero* (nº 2975) se decía así: "No se revocará por causa de ingratitud la donación remuneratoria en cuanto no exceda la medida o proporción del beneficio (...)" (citado por López Palop en *La donación remuneratoria y el art. 622 de nuestro Código civil*, A.A.M.N., 3, págs. 9-59, pág. 52).

⁵⁶ DIAZ ALABART (*Comentario del Código civil*, I, Ministerio de Justicia, 1993, art. 644, pág. 1633) comenta que la doctrina estima que la razón de admitir la revocación de donación por superveniencia o supervivencia de hijos se encuentra en suponer que *el donante no la habría efectuado en el caso de saber que su hijo vivía o nacería*. Y, en cuanto al interés protegido, añade: "(...) *se protege al donante y a sus hijos o descendientes*. (...) *Se podría decir que el precepto protege el interés familiar de la familia del donante*".

⁵⁷ La donación no es revocable en principio por esta causa. Quizás pudiera intentarse la revocación del valor sobrante cuando el valor de lo donado exceda notablemente del valor del servicio.

Con carácter general, se manifiestan contrarios a la revocación de la donación remuneratoria por superveniencia o supervivencia de hijos LACRUZ (*Elementos...*, II-3º, LB, 1986, pág. 159); y ROCA SASTRE y PUIG BRUTAU (*La donación remuneratoria*, en *Estudios de Derecho Privado*, II, Barcelona, 1948, pág. 559).

⁵⁸ En relación con lo que el Derecho común disponía sobre este punto, transcribimos una cita de DE CASTRO (*El negocio jurídico*, pág. 267): "El Derecho común, desde la glosa de Accursio sobre los textos citados, distingue de la mera o pura donación, a la que lo es "*ob causam praecedentem factam*". Entre éstas está la remuneratoria, cuyos privilegios se enumeran, diciendo no requerir la insinuación, y no ser revocables por ingratitud ni por superveniencia de hijos (GOMEZ, Antonio; *Ad leges Tauri*, 29, § 23, pág. 232. Se duda sobre si se debe dejar a salvo la legítima; GUTIERREZ, *De Iuramento*, 1,5, & 23 sig., VII, págs. 50 y sigs....).".

⁵⁹ En Italia, en el artículo 805 del Código civil, se establece la no revocabilidad de la donación remuneratoria por causa de ingratitud ni por supervivencia de hijos: "*Non possono revocarsi per causa d'ingratitudine, né per sopravvenienza di figli, le donazioni remuneratorie (...)*".

más de lo que se le dió. Así se deduce del artículo 638 CC, que excluye implícitamente la donación remuneratoria. Lo mismo puede decirse cuando es el donatario el que demanda el saneamiento por evicción de la cosa donada (Núñez Lagos⁶⁰, Lacruz⁶¹; En diverso sentido, Roca Sastre y Puig Brutau⁶²).

3.2. Si los herederos del donante solicitan la reducción de la donación inoficiosa, parece que podrá el donatario oponer la causa remuneratoria y conservar la parte de donación equivalente al valor del beneficio o servicio remunerado (Lacruz⁶³)⁶⁴. Dicho de otro modo, la donación remuneratoria podría ser reducida por inoficiosa, en la medida en que el objeto donado exceda del valor o servicio que se trata de remunerar. La misma solución podría darse al supuesto de colación (Lacruz⁶⁵, Sarmiento Ramos⁶⁶; En diverso sentido, Roca

⁶⁰ NÚÑEZ LAGOS (*Pago de lo indebido sin error*, R.G.L.J., febrero 1946, págs. 129-157, pág. 151) afirma que en la donación remuneratoria *el donante (...) no queda ex lege obligado de evicción y saneamiento. Es una consecuencia de la falta de obligación de dar.*

⁶¹ LACRUZ (*Elementos...*, II-3º, LB, 1986, pág. 159) declara *discutible* que el donante quede en estos casos obligado a sanear por vicios ocultos o evicción, pero dice también que *lo probable es la solución negativa.*

⁶² ROCA SASTRE y PUIG BRUTAU (*La donación remuneratoria*, en Estudios de Derecho Privado, II, Barcelona, 1948, págs. 560-561) dicen que merece *consideración favorable* el art. 797 del Código civil italiano, *no sólo por admitir el saneamiento por evicción en la donación remuneratoria, sino por limitarla al montante coincidente al valor de los servicios objeto de la donación remuneratoria.*

⁶³ LACRUZ (*Elementos...*, II-3º, LB, 1986, pág. 159) señala entre las reglas especiales que podrían aplicarse a la donación remuneratoria la siguiente: *"La donación remuneratoria, en tanto en cuanto es proporcionada al servicio o beneficio que se remunera, no está sujeta a (...) reducción."*

⁶⁴ En diverso sentido, recoge LOPEZ PALOP (*La donación remuneratoria y el art. 622 de nuestro Código civil*, A.A.M.N., 3, págs. 9-59, pág. 25) la opinión de Olegario Machado, según la cual las donaciones remuneratorias no pueden revocarse, pero sí reducirse por inoficiosas porque no es admisible la lesión del derecho de los legitimarios bajo el pretexto de retribuir un servicio.

⁶⁵ LACRUZ (*Elementos...*, II-3º, LB, 1986, pág. 159): *"La donación remuneratoria, en tanto en cuanto es proporcionada al servicio o beneficio que se remunera, no está sujeta a colación"*.

han⁶⁷).

3.3. Cuando el interés del donatario entra en conflicto con el de los acreedores del donante insolvente, ¿qué criterios deben seguirse para solucionar el problema de la posible impugnación de la donación remuneratoria? ¿Merece protección el donatario a título remuneratorio, si es de buena fe, frente a los acreedores del donante?

De los supuestos anteriores se desprende que el título remuneratorio es más fuerte que el puramente lucrativo -como señaló De Castro⁶⁸- ya que, con frecuencia, la donación remuneratoria no sigue el régimen de la donación ordinaria sino el de los contratos onerosos, al menos en la parte equivalente al valor del servicio retribuido (por ejemplo, en la revocación de donaciones inoficiosas). Por esta razón, descartamos la aplicación directa de los artículos 643 y 1.297-I CC. Al menos, no podría subsumirse bajo la presunción *iuris et de iure* de fraude prevista en estos artículos la totalidad del negocio, sino tan sólo la parte

⁶⁶ SARMIENTO RAMOS (*Comentario del Código civil*, I, Ministerio de Justicia, 1993, art. 1035, pág. 2440) llega a la misma solución: "Las donaciones remuneratorias u onerosas han de colacionarse en la medida en que excedan al valor del servicio o carga (v.art. 622 CC)".

⁶⁷ ROCA JUAN (*Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, XIV-2º, Edersa, 1989, art. 1035, pág. 25) estima que las donaciones remuneratorias *acaso puedan considerarse como tácitamente dispensadas de colación, precisamente porque con dificultad puede admitirse que el donante quiera, y al mismo tiempo no quiera, remunerar esos servicios o méritos del donatario*. El mismo autor (págs. 24-25) cita otras opiniones. Así, la de Alonso Pérez (*La colación de las donaciones remuneratorias*, R.C.D.I., 1967, págs. 1017 y siguientes), de quien Roca Juan dice: "El autor (...) parte de interpretar el silencio del Código civil en orden a la colación de las donaciones remuneratorias en un sentido negativo, (...) porque si el donatario ha de llevar a la masa herencial el valor de la remuneración de los servicios prestados o la recompensa de sus méritos, no hay más que una apariencia de liberalidad, ya que la remuneración es ficticia desde el momento en que la percibirá de menos".

⁶⁸ DE CASTRO (*El negocio jurídico*, 1971, reimpresión 1991, Civitas, pág. 270) escribía en este sentido: "Dada la analogía de la causa remuneratoria con la causa onerosa, habrá de entenderse que los negocios con causa remuneratoria siguen el mismo régimen que los negocios a título oneroso y que, por tanto, no estarán sometidos para su validez a los requisitos de forma de las donaciones, ni tampoco tendrán la fragilidad de los negocios de título gratuito". A juicio del autor, *habrá causa remuneratoria, cuando se da o promete algo, no por liberalidad (art. 618) ni por pura beneficencia, sino en recompensa debida por un servicio o beneficio (art. 1274) (pág. 269)*.

en que el valor de lo donado exceda del valor del servicio remunerado⁶⁹. Sin embargo, creemos que sí podrían aplicarse estos preceptos por analogía, por identidad de *ratio iuris*, a la totalidad de la donación remuneratoria, pues si bien la causa remuneratoria es más fuerte que la puramente gratuita, es cierto también que el título remuneratorio es vulnerable frente al oneroso de los acreedores del donante (Puig Brutau⁷⁰; Indirectamente, Fuenmayor⁷¹).

Además, sería injusta la lesión del derecho de crédito a causa de la voluntad caprichosa del deudor de remunerar un servicio pasado sin estar obligado a ello. Esta observación nos ha llevado a encontrar en el artículo 1.292 CC la solución más adecuada al conflicto de intereses entre donatario a título remuneratorio y acreedores del donante. La objetivación del fraude parece posible en este caso. Esto equivale a decir que el interés de los acreedores prima sobre el interés de quien recibe una donación en remuneración no pactada, sino voluntaria, de unos servicios o beneficios.

III. LA IMPUGNACION DE LA DONACION REMUNERATORIA

Mejor que la aplicación analógica de los arts. 643 y 1.297-1 CC, se ajusta al supuesto, como decíamos, otro precepto del Código civil: el artículo 1.292. En virtud de este precepto son declarados *rescindibles los pagos hechos en estado de insolvencia por cuenta*

⁶⁹ LACRUZ (*Elementos...*, II-3º, LB, 1986, pág. 159), entre las reglas que podrían regular la donación remuneratoria, señala la siguiente: "*La donación remuneratoria, en tanto en cuanto es proporcionada al servicio o beneficio que se remunera, no está sujeta (...) a la presunción de fraude de los artículos 1.297-1º y 643-2º.*"

⁷⁰ En este sentido, PUIG BRUTAU (*Fundamentos...*, II-2º, Bosch, 1982, pág. 112) ha afirmado con acierto lo siguiente: "*En cuanto a la firmeza o estabilidad del desplazamiento patrimonial debido a una donación remuneratoria, resulta sumamente peligroso comparar el interés del donatario al que se debía agradecimiento con el interés de los acreedores y legitimarios. En términos generales, preferimos considerar superior el interés de los últimos. En este sentido, la donación remuneratoria puede ser tan vulnerable como la simple.*"

⁷¹ FUENMAYOR (*El cumplimiento "post mortem" de las obligaciones naturales*, A.A.M.N., X, 1959, pág. 5-50, pág. 31) defiende que se puede prescindir del requisito del *consilium fraudis* cuando se impugna el cumplimiento de una obligación natural por fraude de acreedores, pues esta exigencia *está limitada (...) a las enajenaciones onerosas, por lo que no puede aplicarse a un acto que tiene carácter neutro*. A nuestro juicio, el argumento sirve también para el supuesto de la donación remuneratoria.

de obligaciones a cuyo cumplimiento no podía ser compelido el deudor al tiempo de hacerlos.

El ánimo de pago que mueve al donante⁷², unido al hecho de que habría sido imposible compeler jurídicamente al donatario a la realización del acto, hacen que el precepto sea aplicable por analogía, como se aplica también a las obligaciones naturales⁷³ y por idéntica razón⁷⁴. En la línea de una posible objetivación del fraude, creemos que la donación remuneratoria puede tratarse como un contrato en sí mismo fraudulento y revocable cuando, al hacerla, queda el deudor sin bienes suficientes para hacer frente al pago de sus deudas y los acreedores no pudieren de otro modo satisfacer el cobro de sus créditos. Pero la objetivación del fraude en caso de donación remuneratoria tropieza con algunas objeciones.

⁷² Como vimos, así definía López Palop el ánimo que mueve a hacer la donación remuneratoria, y Castán la equiparaba al pago.

En Italia, SANDULLI (*Gratuità dell'attribuzione e revocatoria fallimentare*, Napoli, Casa ed. E. Jovene, 1976, pág. 201) se muestra partidario de aplicar a la donación remuneratoria impugnada por fraude de acreedores un precepto especial previsto en la Ley de quiebras para los pagos hechos por medios anormales: "*Logico corollario della nostra opinione è poi che quando tra le prestazioni vi sia equivalenza economica si applicherà l'art. 67, 2º co.l.fall.*" (el artículo 67, 2º de la *legge fallimentare* regula la impugnación de los actos extintivos de deuda vencida y exigible no efectuados con medios normales de pago, y establece que son revocables los realizados en los dos años anteriores a la declaración de quiebra, salvo que la otra parte pruebe que no conocía la insolvencia del deudor).

⁷³ Nos remitimos en este punto a los autores citados en el capítulo dedicado al estudio de los pagos en fraude de acreedores (en el apartado relativo al pago de una obligación natural).

⁷⁴ FUENMAYOR (*El cumplimiento "post mortem" de las obligaciones naturales*, A.A.M.N., X, 1959, págs. 5-50, pág. 32) emplea un argumento a favor de la rescisión del pago de una obligación natural por fraude de acreedores que es trasladable al supuesto de la donación remuneratoria. En cuanto al ejercicio de la acción pauliana, dice así: "*Es justo que venza el acreedor civil del tradens porque le asiste un doble título -jurídico y moral a la vez- frente al título simplemente moral que asiste al acreedor natural antes del cumplimiento*". En sentido diverso, RODRIGUEZ-ARIAS (*La obligación natural*, I. E. Reus, 1953, pág. 118) afirma que la prestación en cumplimiento de una obligación natural ni entra en los actos a título oneroso ni gratuito; está por cima de ellos. Constituye un deber jurídico que se mueve en órbita independiente. Es por lo que no les serán de aplicación aquellas normas que hagan referencia a tales negocios; v. gr., las celebradas en fraude de acreedores (art. 1.297). Pero esto deja abierta la vía del art. 1.292 CC.

III.1. Objeciones a la objetivación del fraude en caso de donación remuneratoria.

Respuesta a las objeciones

Encontramos al menos dos objeciones a la idea de considerar que la donación remuneratoria es un acto objetivamente fraudulento: 1ª El artículo 880-5º del Código de comercio; y 2ª La consideración del sustrato económico del negocio, su aproximación a los contratos onerosos.

1.1. El artículo 880-5º del Código de comercio

En este precepto se declaran fraudulentos e ineficaces ciertos contratos celebrados por el deudor en los días precedentes a la declaración de quiebra. Entre otros contratos, el legislador se refiere a la donación pura y excluye expresamente la donación remuneratoria⁷⁵. Esta exclusión pone en tela de juicio la primacía del interés de los acreedores sobre el interés del donatario a título remuneratorio⁷⁶. Por esta razón nos detenemos en ella. El artículo 880 del Código de comercio se aplica dentro del proceso concursal. Sin embargo, no es argumento suficiente para rechazar la posible objeción que supone a la idea de la objetivación del fraude, el decir que la acción revocatoria de la quiebra no coincide plenamente con la acción pauliana; porque, en definitiva, la ineficacia contractual se justifica por la consideración del fraude y la tutela del derecho de crédito⁷⁷.

⁷⁵ El texto legal dice así: Art. 880 CCo.- *Se reputarán fraudulentos y serán ineficaces respecto a los acreedores del quebrado los contratos celebrados por éste en los treinta días precedentes a su quiebra, si pertenecieren a alguna de las clases siguientes: (...) 5º Las donaciones entre vivos que no tengan conocidamente el carácter de remuneratorias, otorgadas después del balance anterior a la quiebra, si de éste resultare un pasivo superior al activo del quebrado.*

⁷⁶ LACRUZ (*Elementos...*, II-3º, LB, 1986, pág. 157) interpreta que de la *ratio* que inspira el art. 880-5º CCo, así como los arts. 622 y 887-1º CC, *cabe concluir que el matiz de onerosidad de esta suerte de liberalidades ha de manifestarse en cualquier problema o conflicto de intereses en el que tenga peso específico*. Como vimos, a juicio de Lacruz la donación modal escapa de la presunción de fraude de los artículos 643 y 1.297-I CC cuando el valor de lo donado es proporcionado al valor del servicio o beneficio que se remunera.

⁷⁷ El origen de la acción pauliana es distinto del que da lugar a la acción revocatoria de la quiebra. La primera, como es sabido, nace del Derecho Romano; retomada por los glosadores pasa a formar parte del Derecho común. La acción revocatoria de la quiebra surge

Sí pueden servir para refutar la objeción algunas ideas que tomamos de la obra del Profesor Federico de Castro, *El negocio jurídico*. Cuando, en el artículo 880 del Código de comercio, el legislador hace referencia a la donación remuneratoria, está identificando -a juicio de De Castro- *la donación remuneratoria y lo que después se llamará contrato con causa remuneratoria*⁷⁸. De este último cita como ejemplos el pago de *honorarios no pactados o no exigidos, de complemento de sueldo, de abono de servicios prestados "por lo que sea la voluntad"*⁷⁹. Esto justificaría, según De Castro⁸⁰, la regla contenida en el precepto a que nos referimos ahora: *"Por ello, se le trata como negocio oneroso y se le exime de la tacha de ser reputado fraudulento"*⁸¹. La categoría de contrato remuneratorio que defiende De Castro, quizás sea discutible. De distintos modos se ha planteado la cuestión de la naturaleza del reparto de beneficios que realiza el empresario en favor de los trabajadores de la empresa⁸². Sin embargo, no deja de arrojar luz la explicación dada por

en el Derecho Estatutario italiano, que establece plazos próximos a la declaración de insolvencia dentro de los cuales puede declararse la ineficacia de los negocios realizados por el deudor, con efecto retroactivo y con el fin de tutelar el interés legítimo de los acreedores. Aquella arrastra un marcado carácter penal, sancionador. Ésta nace como una tutela del derecho de crédito, y -en este sentido- sienta los primeros precedentes de la objetivación del fraude.

⁷⁸ Sobre el precepto, escribe DE CASTRO (*El negocio jurídico*, 1971, Cívitas, reimpresión de 1991, pág. 270): *"Esta regla, reproducción del artículo 1.040 del C. de c. de 1829, aunque con el añadido del adverbio "conocidamente", se explica por la identificación corrientemente hecha entre la donación remuneratoria y lo que después se llamará contrato con causa remuneratoria. Por ello, se le trata como negocio oneroso y se le exime de la tacha de ser reputado fraudulento"*. Para De Castro, el contrato remuneratorio parece tener su causa en un "deber" del donante, aunque se trate de un deber cuyo cumplimiento no es exigible (pág. 269).

⁷⁹ DE CASTRO, *El negocio jurídico*, págs. 269-270.

⁸⁰ DE CASTRO, *El negocio jurídico*, pág. 270.

⁸¹ DE CASTRO, *El negocio jurídico*, pág. 270.

⁸² LOPEZ PALOP (*La donación remuneratoria y el art. 622 de nuestro Código civil*, A.A.M.N., 3, págs. 9-59, págs. 26-27) interroga acerca del carácter de donación o de pago del reparto de beneficios que voluntariamente hacen ciertos patronos o empresas a sus empleados u obreros. Y contrasta dos antiguas sentencias: una, citada por Timbal (S. del Tribunal de Chalou-sur-Saône de 20 de diciembre de 1911), en que se fija la naturaleza de una distribución de beneficios por una Compañía de Minas a sus obreros y afirma que se trata de una verdadera donación, fundándose en que esa distribución era espontánea y en

el Profesor y que acabamos de exponer, sobre cuál pueda ser la razón que justifica la exclusión hecha en el artículo 880-5º del Código de comercio, a efectos del tratamiento del fraude. Siguiendo esta doctrina, podría afirmarse que el precepto tan sólo excluye de la consideración de fraudulentos los repartos de beneficios de la empresa entre los trabajadores y no las donaciones que remuneran los servicios que se realizaron no en favor de la empresa sino del empresario. Estas últimas pueden presumirse fraudulentas según el régimen previsto en el art. 880-5º CCo. Siendo así, este precepto en nada obsta para sostener la objetivación del fraude en el supuesto de donación remuneratoria.

1.2. El beneficio económicamente valorable al que da lugar el comportamiento remunerado

La otra objeción que se puede hacer a la objetivación del fraude en caso de donación remuneratoria es su proximidad con los contratos onerosos. Sobre la base de considerar que es esencial a la donación remuneratoria que el donante haya obtenido un beneficio económicamente valorable del comportamiento remunerado del donatario podría afirmarse que, una vez aceptada, la donación remuneratoria supone para el donante una prestación onerosa⁸³. A nuestro juicio, esto no supondría ningún obstáculo para la

que los beneficiarios no tenían ninguna acción para exigirla; y otra sentencia de nuestro Tribunal Supremo (16 febrero 1899) en que se declara que la participación que suelen dar los comerciantes a sus dependientes en los productos de sus empresas mercantiles no constituye donación en la acepción legal de la palabra, porque no tienen su causa en una liberalidad, sino que, antes bien, responde a un móvil interesado, cual es el de recabar, por el estímulo de la ganancia, una cooperación más activa e inteligente de la que humanamente puede esperarse de la retribución fija. Cita por último a un autor (Barreau) que estima que ese reparto de beneficios tiene la consideración de pago únicamente en el caso de que el salario sea notoriamente inferior al valor de los servicios prestados o cuando sea retribución de servicios extraordinarios.

MANRESA (*Comentarios...*, V, 6ª ed., I.E. Reus, 1951, pág. 102), a este respecto, se limita a citar la S.T.S. 16 febrero 1899 que acabamos de ver.

⁸³ En este sentido se pronuncia SANDULLI (*Gratuità dell'attribuzione e revocatoria fallimentare*, Eugenio Jovene, 1976, págs. 193 y siguientes, págs. 201-202). El hecho de que no exista una relación de correspondencia entre las prestaciones no constituye, a juicio del autor, obstáculo para que exista onerosidad, relevante jurídicamente como tal. Esto lo explica alegando que la onerosidad o gratuidad no es predicable de los contratos en sí, y que interesa como contenido de la relación y no como instrumento jurídico por el que la relación es disciplinada (págs. 97 y siguientes). En consecuencia, manifiesta su opinión favorable a que se reconozca el relieve de la onerosidad, cualquiera que sea el instrumento jurídico a través

objetivación del fraude; antes bien al contrario, contribuye a reforzar la idea de la aplicabilidad del art. 1.292 CC al supuesto de donación remuneratoria ya que desde esta óptica se percibe mejor su proximidad al pago (y a un pago no exigible). De esto ya nos ocupamos antes, en lo referente a la naturaleza y régimen jurídico de la donación remuneratoria. Cabe añadir que al estudiar la acción pauliana el profesor De Castro asoció a la naturaleza gratuita u onerosa del contrato la cualidad de determinar el régimen jurídico aplicable, y definió a estos efectos la *gratuidad* como *falta de contraprestación (...), sin que sea fundamental el ánimo de beneficiar o de remunerar méritos o recompensar servicios no exigibles*³⁴.

III.2. Razones que justifican la consideración de la donación remuneratoria como contrato objetivamente fraudulento

El adquirente de buena fe no puede oponerse a la revocación de la donación remuneratoria promovida por los acreedores, cuando éstos impugnen el acto por fraude y prueben que al hacer la donación no reservó el donante bienes suficientes para sufragar sus créditos y que no disponen de otros medios para el cobro. La donación remuneratoria efectuada en tales circunstancias es fraudulenta. Dan razón de esta afirmación los siguientes argumentos:

1. El donante no estaba obligado a remunerar. La *ausencia de obligación* de enajenar determina la inadmisibilidad de la lesión del derecho de crédito causada por el donante

del cual se actúe: *"proprio in considerazione del sostrato economico coperto dalla donazione remuneratoria e del rilievo dato in sede di azione revocatoria all'effettivo e sostanziale rapporto economico-patrimoniale (vedi art. 67, n. 1 l.fall.) deve necessariamente riconoscersi il rilievo dell'onerosità, qualunque sia lo strumento giuridico attraverso il quale si attui".* Y no le parece admisible que si el donatario a título remuneratorio resulta tutelado en sede de colación y en sede de reducción, se le niegue -por el contrario- protección en sede de quiebra: *"Riteniamo a questo punto che non debbano sussistere problemi per riconoscere una eguale tutela al donatario "remunerato" anche in sede di fallimento (Vedi CAPITELLI, "La natura della donazione remuneratoria e sue conseguenze in tema di azione revocatoria", in Nuovo diritto, 1966, p. 781). Cioè, non si vede perché si debba rompere l'unità del sistema, denegando tale maggior tutela al donatario remunerato rispetto al donatario "tout court", anche in sede fallimentare"* (pág. 198).

³⁴ DE CASTRO; *La acción pauliana y la responsabilidad patrimonial. Estudio de los arts. 1.911 y 1.111 del Código civil*, R.D.P., 1932, págs. 222-223.

insolvente.

II. Si son objetivamente fraudulentos y rescindibles los pagos hechos en estado de insolvencia por cuenta de obligaciones aún no vencidas y exigibles (art. 1292 CC) aun cuando con ello la disminución del activo se ve compensada -al menos- con una disminución del pasivo patrimonial; tanto más rescindibles y objetivamente fraudulentas serán las enajenaciones hechas con ánimo de retribuir servicios que ni eran exigibles, ni llevaban consigo una deuda para quien se benefició por ellos.

III. Admitir lo contrario sería tanto como legitimar al deudor para elegir caprichosamente frente a quién tiene un compromiso mayor de pago, moral o jurídicamente. Si decide que la deuda de gratitud que tiene frente a aquella persona que le prestó determinados servicios o le reportó un beneficio, es de mayor envergadura que la deuda formalmente contraída con sus acreedores, quedaría amparado por el ordenamiento para satisfacer su agradecimiento, aun en perjuicio de sus acreedores. Esto es inadmisibile.

IV. Si bien en estado de insolvencia se aplica el principio de protección al acreedor diligente para proteger a quien reclama y cobra en virtud de deuda exigible, no es éste el caso cuando quien recibe el pago a sus servicios no era tan siquiera acreedor.

V. El título remuneratorio, pese a no compartir en todo la fragilidad de la causa gratuita, es más débil que el título oneroso, por el que reclaman los acreedores el pago de sus créditos⁸⁵. Una equiparación total con la onerosidad es incompatible con el carácter de liberalidad del que participa, indudablemente, la causa remuneratoria, tanto por la gratuidad del servicio como por la libertad o ausencia de obligación que dirige el acto remuneratorio.

VI. En última instancia, siguiendo a De Castro, puede decirse que existen títulos de adquisición, ni lucrativos ni onerosos, que -pese a no tener la debilidad del título gratuito- ceden ante el ejercicio de la acción pauliana por parte de acreedores que lo son a título oneroso⁸⁶.

⁸⁵ Nos referimos a los acreedores que lo sean a título oneroso, lógicamente. Si aceptáramos la validez de la promesa de donación, creemos que habría que negar a esos acreedores la legitimación para impugnar la donación remuneratoria, salvo que probasen la mala fe del donante y del tercero (*consilium fraudis* para evitar el cumplimiento de la promesa).

⁸⁶ DE CASTRO; *El negocio jurídico*, págs. 272-273.
A raíz de ciertas consideraciones acerca del artículo 1.937 CC estima que *podría sostenerse que (...) las (...) obligaciones morales no son títulos onerosos ni lucrativos, no quedan*

IV. CONCLUSIONES

La donación remuneratoria realizada por el deudor sin disponer de bienes suficientes para hacer frente al pago de sus deudas es objetivamente fraudulenta y revocable cuando los acreedores no puedan de otro modo realizar el cobro de sus créditos (art. 1.292 CC; y arts. 643 y 1.297-I CC por analogía).

sometidas a las reglas de las donaciones y no tienen la fragilidad general del título gratuito; pero que, en cambio, quedan expuestas a la acción pauliana ejercitada por un acreedor a título oneroso. Poco antes (pág. 271) señala la relación de semejanza entre la obligación moral como título y la remuneración de servicios o beneficios.

LOS ACTOS PARTICIONALES Y EL FRAUDE DE ACREEDORES

I. Introducción

II. Una breve alusión a los conflictos entre los acreedores de la masa común y los acreedores particulares de los comuneros en las operaciones de división y partición

II.1. La comunidad de bienes

II.2. La herencia que ya ha sido aceptada

II.3. La sociedad civil

II.4. La sociedad de gananciales

III. Los actos particionales y el fraude de acreedores

III.1. La facultad de los acreedores particulares de intervenir en la partición o de oponerse a que la división se realice sin su concurso

1.1. El artículo 1.083 CC

1.2. El artículo 403 CC

A. Los acreedores particulares de un comunero no usaron la facultad de oposición a que la división se realizase sin su concurso

B. Los acreedores usaron la facultad de oponerse a que la división se realizase sin su concurso

B.1. No concurrieron a la división

B.2. Concurrieron a la división

a. Aceptaron

b. Manifestaron su desacuerdo

c. Se reservaron su opinión

1.3. La generalización del régimen del artículo 403 CC a la impugnación de los actos particionales

III.2. La impugnación de los actos particionales

IV. La disolución de la sociedad de gananciales y el fraude de acreedores

IV.1. El artículo 1.317 CC

1.1. El artículo 1.317 CC y las deudas consorciales

1.2. El artículo 1.317 CC es irrelevante si la deuda es privativa

IV.2. La impugnación de la disolución de la sociedad de gananciales

V. Conclusiones

I. INTRODUCCION

Pensemos que al disolverse una sociedad civil los socios aceptaran un reparto de los bienes sociales poco equitativo y que como consecuencia de ese acto particional se viera perjudicado el acreedor particular de uno de ellos (acreedor de aquél socio que recibió menos de lo que le correspondía conforme a su participación en la sociedad). En primer lugar, habrá que atender a lo que se estableció en los estatutos para el reparto y parece que procedería la impugnación del propio negocio de constitución de la sociedad si se prueba que los socios se unieron para defraudar. Al menos podría intentarse la revocación de la aportación hecha en condiciones tan nocivas a la vista del futuro reparto. Sin embargo, ante las dificultades que esto presenta, debido a que requeriría la prueba del ánimo de los socios de defraudar (si se impugna la constitución de la sociedad por fraude o si se impugna el acto de aportación) o la prueba de que no hubo ánimo real de constituir una sociedad y por tanto es una simulación (si se pide la nulidad de la sociedad civil por falta de causa verdadera, art. 1.276 CC). Parece preferible plantear la posible impugnación de la partición así realizada. Esto último sólo será posible cuando el deudor aceptó en el reparto menos de lo que pudo exigir por su condición de socio o conforme a los estatutos, o bien cuando se pruebe que se pusieron de acuerdo los socios fraudulentamente para adjudicar a éste los bienes de difícil embargo, a fin de que lograra ocultarlos o de algún modo apartarlos del alcance de sus acreedores. En otro caso, la partición no será impugnable si se realizó conforme a lo acordado. ¿Qué requisitos exigiría la impugnación de la partición? ¿Cuáles las probabilidades de éxito de la acción?

En una primera aproximación, observamos que en todos aquellos actos que dan lugar a la disolución, liquidación, división o partición de un conjunto de bienes que, hasta ese momento, se hallaban unidos bajo un régimen de cotitularidad o formando parte de un patrimonio y, desde entonces, pasan a adjudicarse a los distintos cotitulares, socios,

coherederos o consortes (según los casos)¹, surgen dos cuestiones de interés en torno a la protección del derecho de crédito:

La primera, relativa a los conflictos que puedan darse entre los acreedores por razón de deudas de la masa a dividir y los acreedores particulares de cada uno de los

¹ Se trata de situaciones de comunidad (en sentido amplio). Entre los dos modelos de comunidad (germana y romana) que suele distinguir la doctrina, no se duda que la comunidad de bienes de nuestro Código civil (arts. 392-406 CC) es de corte romano o comunidad por cuotas, pero es más discutido el carácter germano o romano de otros modos específicos de comunidad. La comunidad romana es de corte individualista (predomina el interés del individuo); se concibe como una situación transitoria (se concede a los partícipes la acción de división); y en ella *la preeminencia del derecho del individuo impone el reconocimiento de un señorío exclusivo sobre una parte del derecho poseído en común apareciendo así la idea de cuota que caracteriza gráficamente a este tipo de comunidad* (DÍEZ-PICAZO; *Fundamentos...*, III, Cívitas, 1995, págs. 902-903). Por el contrario, en la comunidad germánica predomina el derecho del grupo sobre el individuo; se considera una situación estable y permanente; en ella la cuota no determina un derecho exclusivo del comunero ni se reconoce la acción de división de la cosa común. Mientras que la comunidad romana permite transmitir la cuota a otras personas sin que los otros comuneros puedan evitarlo, la comunidad germánica no lo permite (en la misma obra que acabamos de citar, pág. 903). Por tanto, en la comunidad romana se ve con mayor nitidez que cada partícipe tiene un derecho concreto llegado el momento de la división (derecho a un valor proporcional al de su cuota).

J. BELTRAN DE HEREDIA (*La comunidad de bienes en Derecho español*, Madrid, 1954, Ed. Revista de Derecho Privado), después de estudiar los supuestos de comunidad conyugal de bienes; comunidad hereditaria; aprovechamientos comunales de pastos y leñas; y sociedad civil sin personalidad jurídica (págs. 90-111), concluye que *en el ordenamiento jurídico español, influido por los principios individualistas de la época de la Codificación civil, no se recogió la forma de comunidad germánica o en mano común, inspirada en los principios colectivistas típicos de todo el Derecho germánico* (pág. 111).

Esta doctrina no siempre es compartida. En diverso sentido, otros autores han defendido la pervivencia en Derecho español de la comunidad germánica en algunas formas de comunidad. Por ejemplo, GARCIA VALDECASAS (*La comunidad hereditaria*, R.G.L.J., 1952, págs. 395-426, pág. 411) afirma que la comunidad hereditaria es una auténtica comunidad en mano común; LOIS ESTEVEZ (*La distinción de condominio y sociedad*, R.G.L.J., 181, 1947, págs. 681-709, pág. 706) predica lo mismo de la sociedad sin personalidad jurídica; ... A juicio del Profesor DÍEZ-PICAZO (*Fundamentos...*, III, Cívitas, 4ª ed., 1995) la comunidad de bienes en el Código civil *está inspirada, claramente, en el esquema de la comunidad romana* (pág. 903), como también la comunidad hereditaria (pág. 904) y las sociedades sin personalidad jurídica (pág. 905); mientras que las comunidades matrimoniales de bienes *en sus líneas generales (...) se ajustan al tipo de la llamada comunidad en mano común* (pág. 904), como también los aprovechamientos comunales (pág. 905). A los aprovechamientos comunales se refieren los artículos 600-603 CC. De ellos no nos ocuparemos ahora porque no tienen trascendencia a los efectos que nos interesan dadas sus características (son comunidades indisolubles en que la participación de cada comunero es inalienable, como señala Díez-Picazo, en la misma obra, pág. 905).

participes en el acto.

La segunda, en relación con el interés legítimo del acreedor particular de uno de los participes en que sea adjudicado a su deudor -máxime si éste es insolvente- un lote por el valor correspondiente a su participación o cuota en la situación de indivisión. Nos interesa aquí estudiar las medidas dirigidas a evitar el fraude.

En cuanto a la primera de estas cuestiones, veremos a grandes rasgos los mecanismos que ordenan los intereses de ambos tipos de acreedores. Su estudio nos servirá como marco para el desarrollo de la segunda cuestión. En ésta nos detendremos especialmente ya que se refiere directamente al tema que nos ocupa.

II. UNA BREVE ALUSION A LOS CONFLICTOS ENTRE LOS ACREEDORES DE LA MASA COMUN Y LOS ACREEDORES PARTICULARES DE LOS COMUNEROS EN LAS OPERACIONES DE DIVISION Y PARTICION

Llegado el momento de la división y reparto de un conjunto de bienes entre los particulares con derecho a que se les adjudique lo correspondiente a su cuota o participación, ¿cuál es la posición de los distintos acreedores en relación a la masa de bienes que se va a repartir? Creemos que de nuestro ordenamiento jurídico podemos extraer la regla siguiente, que es doble:

1º) la preferencia de los acreedores de la masa frente a los acreedores particulares, siempre que pueda hablarse de patrimonio (herencia, sociedad civil con personalidad jurídica, sociedad de gananciales), y

2º) la igualdad de todos los acreedores cuando la comunidad de bienes no constituye un patrimonio (comunidad de bienes en sentido estricto, arts. 392 y siguientes del CC, y sociedad civil sin personalidad jurídica).

La razón de esta doble regla está en que en el primer caso los bienes responden directamente del pago de las deudas del patrimonio (art. 1.911 CC), mientras que

no ocurre así cuando se trata simplemente de unos bienes en régimen de comunidad². En ese caso, responden de las deudas nacidas por razón de la comunidad los patrimonios personales de todos y cada uno de los comuneros en proporción a sus cuotas de participación (art. 393 CC)³. Pensemos en las distintas situaciones que pueden darse:

II.1. En primer lugar, una **comunidad de bienes** (en sentido estricto)⁴. El artículo 392 la

² CAPILLA RONCERO (Comentarios..., XXI-1º, Edersa, 1986, art. 1.708, págs. 700-702) describe las similitudes entre las particiones de herencia y de sociedad: *se trata de repartir un patrimonio diferenciado entre varios sujetos, (...) es preciso articular ese reparto de manera que no se cause perjuicio a los terceros interesados, que traiga causa de la situación anterior. (...) en ambos casos se trata de repartir el patrimonio de un sujeto extinguido entre sus sucesores (...)*. Añade que esto hace necesario distinguir entre acreedores de los socios y acreedores sociales, mientras que en caso de comunidad *no puede hablarse propiamente de acreedores de la comunidad, sino de acreedores de todos los comuneros por razón de la cosa común* (pág. 698-699).

³ Es lo que se ha llamado el *principio de proporcionalidad*, según el cual *el concurso de los partícipes tanto en los beneficios como en las cargas es proporcional a las respectivas cuotas, que, mientras no se pruebe lo contrario, se presumen iguales* (DIEZ-PICAZO y GULLÓN; *Sistema de Derecho civil*, III, 5ª ed., Tecnos, 1990, pág. 86).

⁴ Es discutible la extensión del ámbito de aplicación del régimen previsto en el Código civil bajo el Título "De la comunidad de bienes" (arts. 392-406). A juicio de L. DIEZ-PICAZO (*Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, III, Cívitas, 4ª ed., 1995, pág. 902) *la institución de la comunidad de bienes es más amplia que el fenómeno de la titularidad plural de un derecho real, pues comprende: 1) la copropiedad o condominio; 2) la titularidad plural de un derecho real en cosa ajena; 3) el crédito mancomunado que no origina su fragmentación; 4) los patrimonios y masas patrimoniales bajo una titularidad colectiva*. GARCIA GRANERO (*Cotitularidad y comunidad*, Gesamte Hand o comunidad en mano común, R.C.D.I., 1946, I, págs. 145-157, en particular, págs. 152-157) plantea el problema (...) de precisar y determinar cuál es el ámbito de la comunidad (pág. 152), y opina que *no hay inconveniente dogmático alguno para, considerando muy ampliamente la idea de comunidad, extenderla a todos aquellos supuestos en que un derecho subjetivo privado cualquiera pertenece materialmente indiviso a varias personas, ostentando éstas respecto al mismo potestades jurídicas análogas* (pág. 153). Sin embargo cree conveniente emplear un concepto más restringido, *(recayente sólo sobre aquellas entidades capaces de soportar un derecho de contextura real)* (pág. 154).

Creemos que, al menos, se puede afirmar lo siguiente:

1º) que estas normas regulan con carácter general las situaciones de *cotitularidad*. Nos referimos aquí a la *titularidad plural* sobre bienes y derechos. Empleamos estos conceptos (*comunidad o cotitularidad*) como genéricos y más amplios que los de *copropiedad o condominio*, que se refieren en particular a la propiedad privada. Hay que advertir, no obstante, que los artículos dedicados por el Código civil a la regulación de la comunidad de

ustra diciendo que *hay comunidad cuando la propiedad de una cosa o de un derecho pertenece pro indiviso a varias personas*. Como tal, la comunidad de bienes carece de personalidad jurídica. En principio, difícilmente podemos hablar de patrimonio. A pesar de que pudiera parecer que el art. 405 CC dota a la comunidad de bienes de la condición de patrimonio, pues dice -en su último inciso- que *conservarán igualmente su fuerza, no obstante la división, los derechos personales que pertenezcan a un tercero contra la comunidad*, un sector importante de la doctrina entiende que no cabe hablar de acreedores de la comunidad como sujeto de derecho, sino tan sólo de acreedores de los comuneros (por todos, Miquel)⁵. En el caso de la comunidad de bienes, por tanto, todos son acreedores de

bienes (arts. 392-406) *tienen primordialmente en cuenta el caso más importante de comunidad, que es el de copropiedad* (PUIG BRUTAU; *Fundamentos de Derecho civil*, III-2º, 3ª ed., Bosch, 1979, págs. 5 y 6). Mas no cabe duda de que el Código incluye, dentro del concepto de comunidad tanto la comunidad del derecho de propiedad como la comunidad de otros derechos (L. DIEZ-PICAZO; *Fundamentos...*, III, Cívitas, 1995, pág. 901).

2º) que estas normas son aplicables a las sociedades sin personalidad jurídica. Así se ha interpretado el art. 1.669 CC. En este sentido afirma L. DIEZ-PICAZO (*Fundamentos...*, III, 4ª ed., Cívitas, 1995, pág. 905) que *las sociedades sin personalidad jurídica se rigen por las disposiciones relativas a la comunidad de bienes (art. 1.669), es decir, por las normas de los arts. 392 y ss. inspiradas en la comunidad romana*.

A efectos de este estudio no interesan tanto los discutidos criterios para distinguir entre comunidad y sociedad (puede verse BELTRAN DE HEREDIA, *La comunidad de bienes en Derecho español*, Madrid, 1954; DIEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, III, 4ª ed., Cívitas, 1995, págs. 906-908; PAZ-ARES, *Comentario del Código civil*, II, Ministerio de Justicia, 1993, art. 1.669, págs. 1352-1376), como tener en cuenta que cuando la sociedad carece de personalidad jurídica se le aplican las normas de la comunidad, mientras que si tiene personalidad jurídica se rige por su específico régimen jurídico.

⁵ DE CASTRO (*El patrimonio*, en *Temas de Derecho civil*, 1972, tema II, págs. 35-66, págs. 63-64) no llega a afirmar que la comunidad de bienes constituya un patrimonio colectivo, sino simplemente indica que, como tal, es un ejemplo discutible (pág. 63) y apunta como posibilidad que, *en ciertos casos, se pueda considerar la comunidad de bienes como patrimonio separado*.

Otras veces se encuentra como modelo de patrimonio colectivo. Por ejemplo, BERCOVITZ (*Manual de Derecho civil*, Bercal, 1996, pág. 160).

Sin embargo, el Código civil define la comunidad de bienes como una situación de cotitularidad (art. 392 CC) y, en cuanto al conflictivo art. 405 CC, éste debe ser interpretado siguiendo lo que *reconoce generalmente la doctrina y jurisprudencia* en sentido de negar que la comunidad de bienes tenga personalidad jurídica, como explica MIQUEL GONZALEZ (*Comentario del Código civil*, I, Ministerio de Justicia, 1993, art. 405, pág. 1116). El profesor comenta que *no hay (...) créditos contra la comunidad como sujeto de derecho distinto de los condueños*. En cuanto a la expresión de que los derechos personales no perderán su fuerza por razón de la división, dice que *esta afirmación del precepto no puede*

los comuneros, y nunca acreedores de la masa común, por no tener ésta entidad jurídica propia. Antes de la división, los acreedores pueden embargar la cuota de su deudor, pero no pueden ejecutar sus créditos directamente sobre la cosa común⁶. Tampoco están legitimados para instar la división (Gullón⁷, Puig Brutau⁸, Manresa⁹). Llegado el momento de la

apoyar la existencia de una preferencia de los acreedores de la comunidad respecto de los acreedores de los condueños. Ante todo hay que deshacer el equívoco de que existan acreedores de la comunidad como tal ente. ¿Cómo interpretar entonces esa expresión? A juicio del Prof. Miquel, significa que aquellos derechos que se tuvieran sobre la cosa (por ejemplo, un arrendamiento), o el carácter privilegiado de los créditos con respecto a ese bien (por ejemplo, señala algunas de las preferencias para el cobro que se establecen en el art. 1.922 CC), o el carácter solidario o mancomunado de las deudas, no desaparecerán ni cambiarán por efecto de la división.

CRESPO ALLUE (*La División de la comunidad de bienes*, Lex Nova, 1993, págs. 201 y siguientes) recoge la polémica sobre si puede deducirse a partir del art. 405 CC la preferencia de los acreedores de la comunidad sobre los acreedores del copartícipe.

⁶ En sentido contrario, MARTIN LAZARO (*Sociedad y comunidad*, R.D.P., 26, 1942, págs. 690-698, pág. 691) señala entre las características que distinguen la sociedad de la comunidad, que *el derecho del condueño es un derecho real*, por lo que su acreedor *puede proceder directamente contra los mismos bienes de la comunidad, embargándolos o ejecutándolos*; mientras que -por el contrario- *el derecho del socio a su participación social es un derecho de crédito*, por lo que su acreedor *no tiene nunca acción contra los bienes de la sociedad, sino tan sólo contra los que en su día puedan corresponder al socio por su participación en las ganancias o por la división y distribución del haber social*.

Discrepamos con el autor en cuanto al embargo de los bienes de la comunidad, pues el acreedor particular del partícipe puede embargar la cuota de su deudor-comunero y satisfacer así su crédito, pero no es objeto de embargo la cosa común ni siquiera en la parte correspondiente a la cuota del deudor. En este sentido parece opinar PUIG BRUTAU en los *Fundamentos...*, III-2º, 3ª ed., Bosch, págs. 38-39; siguiendo a GULLON cuando defiende que los acreedores de los partícipes no pueden ejercitar la acción de división porque es suficiente para satisfacer su derecho el embargo de la cuota del deudor-comunero (*La disolución de la comunidad de bienes en la jurisprudencia*, A.D.C., 1965, págs. 365-391, pág. 370). El derecho del comunero se plasma en la cuota y es ésta, por tanto, el objeto del embargo, del mismo modo que puede ser la cuota objeto de gravamen en garantía del crédito del que es deudor el comunero (DIEZ-PICAZO; *Fundamentos...*, III, Cívitas, 1995, 4ª ed., pág. 925).

⁷ A. GULLON (*La disolución de la comunidad de bienes en la Jurisprudencia*, A.D.C., 1965, págs. 365-391, pág. 370) estima que los acreedores de los comuneros no pueden pedir la división de la cosa común: de un lado, porque sus derechos son exclusivamente los que consagra el art. 403 CC; de otro, porque tampoco por la vía de la acción subrogatoria se llega a admitir la legitimación de los acreedores de los comuneros para instar la división de la comunidad, ya que se trata de una acción subsidiaria y *la cuota del deudor-comunero constituye un bien que será objeto de embargo*, y porque *el pedir la concreción material de aquella cuota no añade ningún bien a la garantía patrimonial*.

división de la cosa común, se adjudica a cada comunero la parte proporcional a su cuota, sin que haya necesariamente una previa liquidación del pasivo común por razón de la comunidad.

El Código civil ha previsto una norma específica para la tutela del crédito frente a estas operaciones de división, el art. 403, que analizaremos más adelante.

II.2. En segundo lugar, pensemos en la herencia que ya ha sido aceptada¹⁰. En este caso, el conjunto de bienes sí constituye una unidad jurídica (*universitas iuris*) que puede calificarse como patrimonio si bien en situación jurídica de pendencia¹¹. Esto supone una diferencia esencial respecto de la situación anterior, pues aquí sí opera la masa de bienes como centro de imputación de responsabilidad (art. 1.911 CC). Existirán por tanto, como acreedores diferenciados, los acreedores hereditarios (acreedores del causante y ahora de la masa hereditaria) y los acreedores de cada uno de los coherederos¹². Los acreedores hereditarios tienen preferencia para el cobro sobre el caudal hereditario, de modo que pueden oponerse

¹⁰ Siguiendo a Gullón, se pronuncia en idéntico sentido PUIG BRUTAU (*Fundamentos...*, III-2º, 3ª ed., Bosch, págs. 38-39).

¹¹ MANRESA (*Comentarios...*, III, Madrid, 1893, art. 403, pág. 441) fue contrario a que los acreedores de los partícipes tuviesen derecho a pedir la división de los bienes de la comunidad.

¹² Nos referimos tan sólo a los supuestos de herencia que ya ha sido aceptada porque nos interesa ver las situaciones que pueden afectar a los acreedores de uno de los herederos, no tanto detenernos en el interés de los acreedores hereditarios, que sí llevaría a partir de un supuesto más amplio.

¹³ La comunidad que se constituye por los titulares del caudal relicto no tiene un régimen específico en el Código civil. La mayoría de la doctrina y la totalidad de la jurisprudencia coinciden, según LACRUZ (y otros; *Elementos de Derecho Civil, V; Derecho de Sucesiones*; 5ª ed., JB, 1993, pág. 103), en configurarla como universalidad. Cada partícipe tiene, explica, sobre el conjunto de los bienes, una cuota global y sólo ésta tiene acceso al Registro de la Propiedad, y puede ser objeto de tráfico. Se la denomina por parte de la doctrina derecho hereditario "in abstracto", por oposición al "in concreto" que compete al sucesor después de la partición.

¹⁴ Con claridad se advierte la distinta posición de uno y otro tipo de acreedores frente al patrimonio hereditario: La ejecución sobre el patrimonio hereditario por las deudas hereditarias no requiere la previa aceptación de la herencia por los coherederos (GARCIA VALDECASAS; *La comunidad hereditaria*, R.G.L.J., 1952, págs. 395-426, pág. 421), mientras que los acreedores de los herederos deben esperar a la aceptación de su deudor (o bien, si éste repudia la herencia, al ejercicio de la acción prevista en el art. 1.001 CC).

a que se realice la partición de la herencia antes de que ellos hayan cobrado sus créditos (art. 1.082 CC).

Como es sabido, la herencia puede aceptarse a beneficio de inventario, o pura y simplemente (artículo 998 CC)¹³. La aceptación a beneficio de inventario, que lleva consigo la separación de patrimonios hasta la liquidación de las deudas del causante, no plantea ningún problema de conflicto entre unos acreedores y otros (arts. 1.023 y 1.026 CC). Una vez que se han pagado las deudas de los acreedores hereditarios y se han distribuido los legados, podrán los acreedores particulares embargar el remanente de la cuota correspondiente a su deudor (si todavía no se ha procedido a la partición, art. 1.034 CC) o cobrar sus créditos sobre los bienes una vez adjudicados.

A diferencia de lo que ocurriría en el caso anterior, si el heredero acepta la herencia pura y simplemente, queda obligado personalmente frente a los acreedores hereditarios, es decir, responde de esas deudas con su propio patrimonio¹⁴. A la vez, sus acreedores particulares pueden cobrarse con los bienes adjudicados¹⁵. Las distintas

¹³ Como regla general la aceptación pura y simple de la herencia es de carácter voluntario (arts. 998 y 1.007 CC), pero hay que recordar la excepción de la regla. En ocasiones, el heredero que aceptó a beneficio de inventario la herencia, o incluso antes de aceptarla, se ve privado de este beneficio y obligado a aceptar pura y simplemente (por ejemplo, arts. 1.002 y 1.024 CC). Otras veces, el Código civil establece presunciones de que se aceptó la herencia pura y simplemente (arts. 1.018 ó 1.019 CC), o establece que se tendrá por aceptada (arts. 1.000 ó 1.005 CC).

¹⁴ LACRUZ (y otros; *Elementos de Derecho civil*, V, Derecho de sucesiones, 5ª ed., JB, 1993, pág. 90) explica que en ese caso el heredero *queda vinculado frente a los acreedores como un deudor obligado a prestar personalmente y no como responsable por deuda ajena*.

Por otra parte, GARCIA VALDECASAS (*La comunidad hereditaria*, R.G.L.J., 1952, págs. 395-426, págs. 422-423) opina que mientras subsiste la indivisión, la responsabilidad personal de los coherederos puros sería mancomunada simple (responden con su patrimonio personal sólo en la parte de deuda proporcional a su participación hereditaria). Una vez hecha la partición, la responsabilidad por las deudas de la herencia pasa a ser solidaria (art. 1.084 CC).

¹⁵ Entre otros, así lo explica GARCIA VALDECASAS (*La comunidad hereditaria*, R.G.L.J., 1952, págs. 395-426, pág. 425).

Cuando la herencia se acepta pura y simplemente, la fusión de patrimonios hace posible el embargo de bienes del caudal hereditario por parte de los acreedores del heredero. En este sentido, por ejemplo, se ha dicho que *en la aceptación con responsabilidad ilimitada la "separación de patrimonios" es en un sólo sentido, el heredero no conserva, en su provecho, las acciones y derechos que tenía frente al difunto (art. 1.023-2º, a contrario), (...). La separación, aquí, no impide la desaparición de valores del caudal, ni la agresión,*

posibilidades de balance patrimonial del causante y del heredero, dan lugar a una gama de supuestos, algunos de los cuales plantean un problema de perjuicio a los acreedores. Nuestro Código Civil dirige sus esfuerzos hacia la protección de los acreedores del causante¹⁶.

Los acreedores del heredero, por el contrario, se encuentran sin un sistema de protección específico que defienda sus intereses frente a la confusión de patrimonios¹⁷, por

contra él de los acreedores del heredero; y sólo explica la preferencia de los del causante, y los legatarios, sobre los bienes relictos (LACRUZ y otros; Elementos de Derecho civil, V; Derecho de Sucesiones; 5ª ed., JB, 1993, pág. 90).

¹⁶ En este sentido se pronuncia VALLET (*Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, XIV-2º, Edersa, 1989, pág. 624) cuando escribe que *el Derecho trata de impedir que el deudor disponga de sus bienes, en perjuicio de sus acreedores, (...) y, parejamente, trata de defender a éstos de la confusión de los bienes de la herencia en el patrimonio de herederos cargados de deudas.*

Pensemos en el siguiente supuesto: Un deudor insolvente acepta una herencia deficitaria o, al menos, de la fusión de la herencia en su patrimonio resulta un saldo negativo (pasivo superior al activo). En este caso, los acreedores del causante (acreedores hereditarios) disponen de los medios jurídicos apropiados para que no se lesione su interés. Estas medidas son de carácter preventivo: Antes de la partición, podrán instar los acreedores hereditarios que presenten documento justificativo de su crédito, el juicio de testamentaría (arts. 1.036 y 1.038-4º LEC), con la consiguiente separación de patrimonios y preferencia en el orden de cobro. Podrán también los acreedores hereditarios oponerse a que se lleve a cabo la partición antes del pago o afianzamiento de su crédito (art. 1.082 CC). Además de las citadas, y entre otras medidas preventivas (sistemáticamente las señala VALLET, en los *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, XIV-2º, Edersa, 1989, págs. 644 y siguientes), los acreedores hereditarios pueden solicitar la anotación preventiva de sus créditos sobre los inmuebles del causante que estuvieren inscritos en el Registro de la Propiedad (arts. 45-2º, 48 y 50 LH).

¹⁷ En este sentido, recoge VALLET (*Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, XIV-2º, Edersa, 1989, págs. 655-656) unas consideraciones interesantes del Profesor Lacruz: *"Como nota certeramente LACRUZ BERDEJO, mientras el heredero puede defender su patrimonio de las deudas del causante y de los legados por éste ordenados, y los acreedores del caudal y los legatarios tienen preferencia sobre los bienes relictos, hallándose dotados de diversos medios para asegurarla, los acreedores del heredero no cuentan con medio adecuado alguno para defender sus créditos, a fin de no resultar perjudicados como consecuencia de la responsabilidad ilimitada del heredero que acepte puramente una herencia con pasivo mayor que el activo. Se nota, pues, diferencia con la protección de que se les dota en el caso de la repudiación de una herencia con activo saneado al concedérseles, en el artículo 1.001 del Código civil, la facultad de subrogarse al heredero para aceptar la herencia".* Estas ideas nos llevan a reflexionar sobre si no merecería una correlativa protección el acreedor del heredero cuando la aceptación lesiona su interés, de modo que pueda repudiarla en lugar de su deudor, del mismo modo que puede aceptarla cuando la repudiación le perjudica (art. 1.001 CC).

Pongamos el caso de un deudor que acepta pura y simplemente una herencia deficitaria y se convierte en deudor insolvente o agrava con ello su situación de insolvencia. Podría intuirse que ha de haber un límite a la "responsabilidad ilimitada" a que da lugar la aceptación pura y simple de la herencia, porque la fusión de patrimonios sólo debe perjudicar al heredero. Por tanto, ni a los acreedores hereditarios ni tampoco a los acreedores del heredero debe perjudicar.

Esta idea la encontramos de modo implícito en las consideraciones del Profesor Lacruz. Antes de entrar en ellas, vamos a ver los rasgos de la doctrina dominante en la materia que nos sirven como marco para lo que pretendemos analizar (ese límite a la "responsabilidad ilimitada" que permita proteger a los acreedores del heredero).

1. La doctrina mayoritaria entiende que cuando el heredero acepta pura y simplemente la herencia, su patrimonio se funde con lo heredado de su causante, convirtiéndose en deudor de los acreedores que éste tenía al fallecer. Se trata de un modo de entender el fenómeno de la sucesión (*ultra vires*) que dá lugar, cuando hay un sólo heredero a la extinción por confusión de las relaciones jurídicas mediante entre él y su causante. Por todos, veamos el siguiente texto de VALLET (*Panorama del Derecho de sucesiones*, II, y en los *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, XIV-2º, Edersa, 1989, pág. 621): *"En esta perspectiva universal, determinante de los bienes y las deudas en los que se sucede, podemos encontrarnos que éstas sean menores, equivalentes o mayores que aquellos; y en este último supuesto, la realidad de la sucesión conlleva de modo natural la responsabilidad ultra vires del heredero, es decir, personal e ilimitada, ya sea mancomunada o solidaria en caso de ser varios herederos (...) por las deudas del causante"*.

2. Frente a lo anterior, PEÑA BERNALDO DE QUIROS (*La herencia y las deudas del causante*, 1967) ha defendido también fundadamente, que esta concepción mayoritaria de la doctrina española y de nuestra jurisprudencia, es consecuencia de una interpretación errónea de nuestro Código civil. Errónea por cuanto, aún siendo afrancesada y romanista, resulta contraria a nuestra tradición jurídica, conforme a la que -según la ley de bases- debería interpretarse el Código. Se dice entonces que la sucesión es *intra vires*, quedando los bienes heredados afectos al pago de las deudas del causante, de las que no es deudor el heredero. Recogemos el siguiente texto del autor (págs. 356-357 de la obra citada): *"El patrimonio hereditario persiste siempre individualizado, no obstante las vicisitudes de su titularidad, hasta la total extinción de los créditos del causante. (...). A través de las distintas vicisitudes de la titularidad del patrimonio persiste respecto de él inmutable el régimen de los créditos contra el causante: los acreedores, cualquiera que sea la situación del patrimonio hereditario, tienen frente a él las mismas posibilidades de acción (prelación; embargos; acciones subrogatorias y pauliana; quiebra o concurso y su secuela de efectos"*.

Cuando VALLET (*Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, XIV-2º, Edersa, 1989, pág. 623) niega que se pueda interpretar así nuestra tradición jurídica, concluye que *no hay, pues, exponente de una pretendida tradición -que tampoco la hay en el ius commune, y salvo en los casos que escapaban a ella por corresponder a regímenes forales o a sistemas troncales especiales- de un régimen de responsabilidad intra vires, que por otra parte tampoco se habría recibido en los Códigos francés e italiano*.

3. Seguimos aquí la postura intermedia adoptada por el Profesor LACRUZ (y otros, *Elementos de Derecho civil*, V, Derecho de sucesiones, 5ª ed., JB, 1993, pág. 89). Sin negar la doctrina mayoritaria, expone la tesis de Peña de la responsabilidad del patrimonio hereditario por las deudas del causante y añade que *esto no obsta a que, cuando hay un solo*

que deberán acudir a los mecanismos generales de tutela del derecho de crédito (art. 1.111 CC). Como veremos, en sede de sucesiones nuestro ordenamiento ha previsto alguna

heredero, se extingan por confusión los derechos, gravámenes y deudas que mediaban entre el muerto y el sucesor o los bienes de uno y otro. La separación de patrimonios (propuesta según la teoría de Peña) opera para los favorecidos por ella, pero no en beneficio del heredero puro. Éste sucede en las deudas a su causante (pág. 90). En suma: con independencia de la real confusión de créditos y deudas, titularidades activas y pasivas de los dos polos del fenómeno sucesorio, la separación de patrimonios permite actuar a los favorecidos por ella (no al heredero puro) como si la confusión individual o particular extintiva no se hubiera producido, conservando el caudal relicto su afección preferente (por este orden) al pago de las deudas del causante y de los legados (pág. 89).

DE LA CAMARA (*Compendio de Derecho sucesorio*, La Ley, 1990, pág. 20) opina que para que se pueda invocar la preferencia de los acreedores del causante sobre los del heredero parece necesario *que se puedan individualizar los bienes hereditarios. De aquí que el cauce, por lo menos normal, para hacer efectiva la preferencia sea el juicio de testamentaría o abintestato*. A juicio del autor, la tercería de un acreedor hereditario que pretendiese hacer valer su preferencia frente a un acreedor del heredero, sólo triunfará si se prueba que el bien embargado pertenece a la herencia (pág. 21). En cuanto a la preferencia del acreedor hereditario sobre el legatario, es posible fundamentarla, a juicio del autor, en el art. 643 CC, por el principio que lo inspira según el cual los acreedores son preferentes frente a los adquirentes a título gratuito (pág. 21).

Con todo, no se llega a proteger, en estos supuestos de aceptación simple de la herencia, a los acreedores del heredero frente a la preferencia prácticamente ilimitada de los acreedores hereditarios sobre el patrimonio de su deudor (heredero aceptante).

¹⁸ En concreto, los acreedores del heredero que se vean perjudicados por la aceptación pura y simple de una herencia deficitaria podrán impugnar el acto de aceptación por ser en sí mismo lesivo de su interés. En este sentido se ha pronunciado, por ejemplo, VALLET (*Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, XIV-2º, Edersa, 1989, pág. 656), en los siguientes términos: *"El único medio de que pueden disponer los acreedores frente a la aceptación por su deudor de una herencia con balance pasivo consiste en el ejercicio de la acción pauliana"*.

También MARTIN RETORTILLO (*La lucha contra el fraude civil (la acción pauliana)*, 1943, Bosch, pág. 60) defiende la posibilidad del ejercicio de la acción pauliana en este supuesto: *"A veces puede acudir un deudor fraudulento con tal de perjudicar a sus acreedores a la aceptación de una herencia cuyo pasivo, excediendo en mucho a su activo, agote por completo su patrimonio. En este caso los acreedores del heredero pueden hacer revocar la aceptación fraudulenta demostrando el perjuicio que tal conducta les causa"*.

Otra solución propuesta por la doctrina es la que se refiere al ejercicio de la acción subrogatoria por los acreedores del heredero para solicitar en su lugar la apertura del juicio de testamentaría. Dice VALLET (*Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, XIV-2º, Edersa, 1989, pág. 657): *"Algunos autores, como SANCHEZ ROMAN, LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA creen que los acreedores de un heredero, después de haber hecho excusión de los bienes de éste, pueden -al amparo del artículo 1.111- subrogarse en su derecho a instar el juicio de testamentaría. Lo cual creo posible con las mismas*

medida de tutela del interés del acreedor del heredero frente a la partición de herencia, a fin de evitar el fraude (se trata del art. 1.083 CC, en la sección dedicada al pago de las deudas

limitaciones, claro está, impuestas en los artículos 1.001, 2º, del Código civil, 1.039 y 1.093 de la Ley de Enjuiciamiento civil". Debido al carácter subsidiario de la acción pauliana (art. 1.294 CC), siempre que se admita la vía subrogatoria, debe denegarse la impugnación del acto de aceptación ya que el acreedor cuenta con otros medios jurídicos para evitar el daño.

En el caso de que se negara la vía subrogatoria, sí podría impugnarse la aceptación pura y simple de la herencia por fraude de acreedores. El acto de aceptación es lesivo si de la fusión de lo heredado en el patrimonio deudor resulta una alteración de la garantía de los créditos (art. 1.911 CC) tal que supone una merma del valor de la cuota correspondiente a cada crédito en caso de concurso. En cuanto al elemento subjetivo del fraude, no es preciso probarlo en este caso, dado que estamos ante un acto *en sí mismo lesivo* u objetivamente fraudulento. En este sentido, algunos autores han optado por estimar de aplicación la presunción de fraude del art. 1.297-I CC. Por ejemplo, VALLET (*Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, XIV-2º, Edersa, 1989, pág. 656) llega a esta conclusión después de explicar que Lacruz sugiere una solución semejante a la del art. 1.001 CC, como vemos: *"En esto la doctrina francesa e italiana se ha inclinado, en general, por entender que, en ese supuesto, el consilium fraudis no exige la complicidad de los acreedores. LACRUZ piensa que, en nuestro Derecho, la exigencia del fraude podría ser sustituida por la atención al perjuicio del acreedor -como en el caso del artículo 1.001 del Código Civil-, pese a la diferencia de que en éste los acreedores certant de lucro captando, mientras que en el supuesto de aceptación de una herencia dañosa certant de damno vitando. Por lo demás, cuanto implica el consilium fraudis en los actos a título oneroso, viene a ser sustituido, en los actos que no sean a ese título, por una presunción de fraude -prevista en el artículo 1.297 del Código Civil-, que, en este caso, responde a la finalidad de reparar el perjuicio sufrido por los acreedores por un acto de su deudor que le reporte un beneficio a un tercero sin producirsele contrapartida alguna por parte de éste."*

También LOPEZ JACOISTE (*Comentario del Código civil*, I, Ministerio de Justicia, 1993, art. 1.034, pág. 2435) se ha pronunciado en este sentido: *"Frente a la aceptación pura y simple de una herencia cargada de deudas realizada por ese heredero, deudor suyo, han de poder interponer la acción pauliana. Late en estos supuestos la presunción de fraude por similitud con lo prevenido en el art. 1.297."*

Las soluciones apuntadas nos parecen factibles, aunque hay que tener en cuenta que el daño realmente sólo se produce por el pago de las deudas hereditarias con los bienes del deudor (agotado el caudal hereditario) que respondían de las suyas propias. Es decir no se produce directamente el daño por el acto de aceptación sino por esos pagos que acabamos de describir (o bien por la merma del valor de los créditos si se provocara el concurso). Quizás lo correcto sería poder impugnar esos pagos, y no la aceptación de la herencia (salvo que consideremos que no tienen porqué soportar los acreedores del heredero el riesgo que supone para ellos la aceptación de una herencia de ese tipo, y que ese mismo riesgo es lesivo de su interés). Quizás convendría que la aceptación pura y simple de la herencia tuviera como límite de responsabilidad de los bienes que formaban parte del patrimonio del heredero, la protección de los intereses de sus acreedores.

hereditarias)¹⁹. A la vez, la doctrina admite la vía subrogatoria cuando proceda la rescisión de la partición por lesión en más de la cuarta parte (Vallet²⁰, Puig Brutau²¹).

II.3. En tercer lugar, la sociedad civil. En este caso, el conjunto de bienes puestos en común (art. 1.665 CC) se configura como persona jurídica (art. 1.669 CC, *a contrario*), por lo que constituye un patrimonio aislado, distinto e independiente del de cada uno de los socios (A efectos de determinar el momento en que adquiere personalidad jurídica, se siguen distintos criterios; por ejemplo, Capilla²², Paz-Ares²³). Llegado el momento de disolución de la

¹⁹ Comenta VALLET (*Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, XIV-2º, Edersa, 1989, pág. 624-625) que las normas contenidas en los primeros artículos de la Sección 5ª, Capítulo VI, Título III, Libro III del Código Civil se refieren a los riesgos de los acreedores de la herencia (en la confusión de patrimonios), así como los que se presentan a los acreedores de los herederos ante una partición desfavorable que esfume sus derechos.

La desprotección de los acreedores del heredero frente a los actos previos a la partición ha sido denunciada por DE LA CAMARA (*Comentario del Código Civil*, I, Ministerio de Justicia, 1993, art. 1.083, pág. 2558). A su juicio, los riesgos de confabulación no se perciben más que en sede de partición. Mas también pueden correrlos al tratarse de la liquidación del patrimonio hereditario. No se olvide que éste debe ponerse en administración, pero que la administración recaerá muchas veces en el heredero o herederos. Estos pueden tener interés en ocultar todo o parte de remanente líquido a que se refiere el art. 1.034. Ciertamente que las enajenaciones de bienes, cuando tal enajenación sea necesaria para el pago de deudas o legados, ha de hacerse en la forma establecida en la LEC, pero aparte de que esta precaución no elimina el riesgo de que se vendan aparentemente a un precio inferior al real, hay que tener en cuenta que en un momento dado y a la vista de la marcha de la liquidación, el heredero, seguro ya de que no se trata de una damnosa hereditas, puede vender bienes hereditarios prescindiendo de aquel requisito; ello no afecta a la validez de venta y sólo determina la pérdida del beneficio de inventario.

²⁰ Los acreedores pueden subrogarse en lugar de su deudor para ejercitar la acción de rescisión por lesión en más de la cuarta parte (art. 1.074 CC, en relación con el art. 1.111 CC). En este sentido se pronuncia VALLET (*Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, XIV-2º, Edersa, Madrid, 1989, art. 1.074, pág. 507).

²¹ PUIG BRUTAU; *Fundamentos de Derecho civil*, V-3º, Bosch, 1983, pág. 547.

²² CAPILLA RONCERO (*Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, Edersa, XXI-1º, 1986, art. 1.669, pág. 51) reconduce el carácter de persona jurídica de la sociedad civil hacia el requisito de la publicidad. En sentido contrario, PANTALEON (*Asociación y sociedad* (A propósito de una errata del Código Civil), A.D.C., 1993-I, págs. 5-56, pág. 56) propone la ruptura de binomios aparentemente inescindibles, entre los que señala el de personalidad jurídica-publicidad (al menos fáctica).

sociedad, conviene someter el patrimonio a liquidación, de modo que los acreedores sociales cobren primero (art. 1.699 CC)²⁴, para proceder después al reparto del remanente entre los socios en la proporción que les corresponda²⁵. Los acreedores de los socios sólo tienen

²⁴ A juicio de PAZ-ARES (*Comentario del Código civil*, II, Ministerio de Justicia, 1993, art. 1.669, pág. 1358), *la personalidad jurídica -como resultado que es de la eficacia organizativa del contrato- ha de contemplarse como un atributo natural que surge en el mismo momento en que queda perfeccionado el contrato de sociedad.*

²⁴ La preferencia de los acreedores sociales sobre los acreedores de los socios se mantiene incluso si después de extinguirse la sociedad aparecen deudas sociales aún no saldadas, a juicio de PAZ-ARES (*Comentario del Código civil*, II, Ministerio de Justicia, 1993, art. 1.708, pág. 1523). En ese caso, dice, *la sociedad ha de reputarse subsistente. Los acreedores sociales podrán hacer valer la inoponibilidad frente a ellos de la división eventualmente practicada y satisfacerse con cargo a los bienes distribuidos, respecto a los cuales guardan preferencia frente a los acreedores particulares de los socios.*

En sentido contrario, CAPILLA RONCERO (*La sociedad civil*, R.C.E. Bolonia, 1984, págs. 372-373) opina que *la preferencia se actúa fundamentalmente en la fase de liquidación del patrimonio social a través de la oposición a que se reparta entre los consocios el patrimonio social, de tal suerte que, una vez superada esa fase, debe cesar toda preferencia, pues los acreedores sociales han gozado de la posibilidad de actuarla y, si así no lo hicieron, deben pechar con la consecuencia de la pérdida del beneficio que se les reconoce (si bien el autor excepciona algunos supuestos en los cuales se cree una situación que implica desconocimiento de dicha preferencia, sin que sea imputable a los acreedores sociales).* El autor concluye que *el artículo 1.699 del Código civil, en la medida que consagra específicamente la preferencia de los acreedores sociales, se muestra como un precepto que proclama claramente la afección del patrimonio social al pago de las deudas de la sociedad.*

²⁵ CAPILLA RONCERO (*Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, XXI-1º, Edersa, 1986, art. 1.708, pág. 702) destaca la preferencia de los acreedores sociales sobre los acreedores particulares de los socios: *"Los acreedores sociales ocupan una posición similar a los acreedores de la herencia, ya sean acreedores del causante, ya sean acreedores de la comunidad hereditaria. Por ello, el artículo 1.082 es aplicable, teniendo en cuenta que, (...), precisamente a través de él se hace realidad normalmente la preferencia de los acreedores sociales sobre los de los socios. Más dudosa es la aplicabilidad del artículo 1.084. (...)"*. También el mismo autor, en *La sociedad civil* (R.C.E. Bolonia, 1984, págs. 360-361), señala en este sentido que *debe reconocerse a los acreedores sociales semejante facultad de impedir la división material de los bienes integrantes del patrimonio social hasta que no se les pague o asegure suficientemente la satisfacción de sus créditos, con lo cual (...), cuentan con la garantía de que ellos van a ser pagados antes que los acreedores de los socios.*

PAZ-ARES (*Comentario del Código civil*, II, Ministerio de Justicia, 1993, art. 1.708, pág. 1520) comenta que *el artículo 1.082 CC unánimemente se considera incluido en la remisión del art. 1.708, en conexión con el art. 1.699 CC. A su juicio, la infracción de la prohibición de reparto previo determina, (...) su inoponibilidad a los acreedores (pág. 1521),*

derecho al embargo de la parte que corresponda a su deudor en el fondo social (art. 1.699 CC)²⁶, o bien al embargo de los bienes que le hayan sido adjudicados tras la partición²⁷.

Como en los casos anteriores, existen medidas para la protección de los acreedores particulares de los socios frente a los actos de partición, si bien esta vez por vía de remisión (art. 1.708 CC²⁸, en relación con el art. 1.083 CC). Las mismas medidas

sobre la base de una afección del patrimonio social al pago de las deudas sociales (pág. 1520; también pág. 1523).

²⁶ El art. 1.699 CC, de otra parte, reconoce a los acreedores del socio (sociedad externa) *dos facultades sobre la participación del socio en la sociedad (...): la primera es la facultad de embargar; la segunda la facultad de realizar ("remate")* (PAZ-ARES, *Comentario del Código civil*, II, Ministerio de Justicia, 1993, art. 1.699, pág. 1487). En cuanto al objeto del embargo, el mismo autor señala que *es un derecho de valor que representa todos los derechos patrimoniales del socio* (en la misma obra, pág. 1488).

CAPILLA RONCERO (*Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, Edersa, XXI-1º, 1986, art. 1.669, pág. 50) señala que *es de gran relevancia la diferencia de trato a que se someten los acreedores particulares de los socios respecto de los acreedores personales de los comuneros. Estos últimos pueden ejecutar directamente la cuota de su deudor, (...). Los acreedores particulares de los socios (...) pueden pedir el embargo y remate de la participación social, lo cual provoca la disolución de la sociedad y la conversión de la participación social en una parte del patrimonio social, sobre la cual pueden cobrarse.*

²⁷ La autonomía patrimonial que se consigue mediante la afección real es precisamente lo que impide que los acreedores particulares de los socios agredan directamente el patrimonio social, según explica PAZ-ARES (*Comentario del Código civil*, II, Ministerio de Justicia, 1993, art. 1.699, págs. 1485-1486).

²⁸ C. VAZQUEZ IRUZUBIETA (*Doctrina y Jurisprudencia del Código civil*, 4ª ed., Edersa, 1992, art. 1.708, pág. 2583) comenta sobre la doctrina relativa a este artículo que *lo convenido entre las partes es ley suprema para regular sus relaciones recíprocas y que a falta de convenio, se aplican las reglas subsidiarias de la partición hereditaria a que remite este artículo.*

Sin embargo, hay que advertir que tienen carácter imperativo las normas que afecten a los derechos de terceros, como ha explicado PAZ-ARES (*Comentario del Código civil*, II, Ministerio de Justicia, 1993, art. 1.708, págs. 1517 y 1520-1522): las normas relativas al modo de liquidación de la sociedad son de *derecho dispositivo*, pero no las que se refieren a terceros porque *-añade- la autonomía privada en modo alguno se halla habilitada para derogar normas que protegen intereses de terceros y, en especial, la relativa a la prohibición del reparto antes de que hayan quedado atendidas las razones de los acreedores* (pág. 1517). Explica que podría cuestionarse el carácter dispositivo del art. 1.699 CC, argumentando que *la protección de los acreedores no se instrumenta en las sociedades de personas a través de la separación patrimonial (la afección del patrimonio social al pago de las deudas sociales), sino a través de la responsabilidad personal de los socios, y que realmente esa protección*

parece que son aplicables a los acreedores de sociedades con objeto mercantil todavía no debidamente formalizadas (sociedades en formación)²⁹.

Se excluyen de lo dicho las sociedades civiles que no funcionan como tales frente a terceros sino tan sólo entre los socios (las denominadas sociedades internas), por cuanto el Código civil les priva de personalidad jurídica (art. 1.669-I CC)³⁰. Estas

de los acreedores en la fase de liquidación puede burlarse en la fase previa de explotación de la sociedad. Sin embargo, no se muestra partidario de estos argumentos y opta por una vía intermedia: Considera que se trata de normas imperativas que *se aplicarán también, como es natural, en aquellos casos en que durante la fase de explotación se realizan operaciones que, de hecho, tienden a la liquidación*).

²⁹ La remisión del art. 1.708 CC se ha estimado aplicable a los supuestos de sociedad mercantil irregular, en S.T.S. de 30 de mayo de 1992. El Tribunal Supremo expresaba que *en una sociedad con un objeto mercantil, aunque sin personalidad jurídica por no constar en escritura pública e inscripción en el Registro Mercantil, entre los socios regirán, en cuanto sean compatibles con los acuerdos sociales, las reglas del Código de Comercio, pero sin que ello imponga una diferente forma de practicar la liquidación de la sociedad según lo dispuesto en el artículo 1.708 del Cc.* (Sentencia citada por J. BONET CORREA; Código civil concordado y con jurisprudencia, Cívitas, 1993, art. 1.708, pág. 1286).

No así con respecto a la sociedad mercantil ya formalizada. En cuanto al distinto régimen, CAPILLA RONCERO (*Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, XXI-1º, Edersa, 1986, art. 1.708, pág. 699) explica, con carácter general, que *el legislador civil, a diferencia del mercantil, (...) no dicta un régimen específico para ese conjunto de operaciones, limitándose a remitir a las reglas de la partición de la herencia, y añadiendo solamente una aclaración relativa a que el socio industrial solamente tendrá derecho a participar en los resultados, pero no en la cuota de liquidación correspondiente al concepto de restitución de capital. Tal es el contenido de este artículo 1.708.*

³⁰ PAZ-ARES (*Comentario del Código civil*, II, Ministerio de Justicia, 1993, art. 1.669, pág. 1352) interpreta el art. 1.669 CC partiendo de la hipótesis (...) *de que las nociones relevantes para la cabal interpretación y aplicación del art. 1.669 son las nociones de sociedad interna y sociedad externa. Distingue estas dos figuras en función del criterio de la propia estructura de la sociedad. La sociedad interna es la sociedad que se estructura como vínculo; la sociedad externa es la sociedad que se estructura como organización. La primera es una mera relación obligatoria; la segunda es un sujeto de derecho* (pág. 1353). Señala que *en principio (...) todas las sociedades son externas* (pág. 1353); la sociedad interna requiere una voluntad negocial clara *de no participar conjuntamente en el tráfico* (pág. 1353). *La sociedad interna, en la medida en que no dispone de una organización para participar en el tráfico, se resuelve en un mero vínculo entre los asociados. Es la sociedad sin personalidad jurídica a que se refiere el art. 1.699* (pág. 1366).

Siguiendo a De Buen, LOIS ESTEVEZ (*La distinción de condominio y sociedad*, R.G.L.J., 181, 1947, págs. 681-709, pág. 691) señala que *del art. 1.669 no se deduce que las sociedades cuyos pactos se mantengan secretos entre los socios no sean verdaderas sociedades, sino que carecerán de personalidad jurídica.*

sociedades siguen el mismo régimen de la comunidad de bienes (por remisión expresa del art. 1.669-II CC), salvo en lo relativo a las relaciones entre socios (que se rigen por las reglas de la sociedad)³¹. La disolución de la sociedad civil interna se hará conforme a las reglas de la división de la cosa común y es de aplicación, por tanto, el art. 403 CC para la protección de los acreedores. En este caso no hay distinción ni preferencia de unos acreedores sobre otros por razón de la actividad social.

II.4. Por último, **la sociedad de gananciales**. En este caso la comunidad carece de personalidad jurídica, pero la doctrina suele coincidir en que constituye un patrimonio colectivo³². Como tal patrimonio, es centro de imputación de responsabilidad, si bien se caracteriza por seguir un régimen especial, peculiar por razón del sentido y fin de este patrimonio (el sostenimiento de las cargas familiares, el proyecto de vida común de los cónyuges,...).

El Código civil prevé que la disolución de la sociedad de gananciales lleve consigo la liquidación del pasivo (art. 1.396 CC). La preferencia de los acreedores consorciales sobre los acreedores particulares de cada uno de los cónyuges en relación con los bienes gananciales es clara e indiscutida (arts. 1.399 y 1.402 CC). El legislador prescribe además la afección real de los bienes que han sido gananciales al pago de las deudas consorciales, una vez disuelta la sociedad y si se encuentran en el patrimonio personal de alguno de los cónyuges (arts. 1.317 y 1.401 CC).

Los acreedores particulares de los cónyuges tienen tan sólo derecho al embargo de la cuota que les corresponda en la partición una vez liquidado el patrimonio ganancial, o al embargo de los bienes si ya se hubieren adjudicado. Como en los casos anteriores,

³¹ PAZ-ARES (*Comentario del Código civil*, II, Ministerio de Justicia, 1993, art. 1.669) explica que el art. 1.669 CC, *correctamente interpretado, sólo dice que en el sustrato patrimonial, la sociedad interna se estructura como comunidad de bienes* (pág. 1367). Y más adelante añade: *"las normas sobre la comunidad estructuran la forma de titularidad del patrimonio social; las normas sobre la sociedad regulan las relaciones entre los comuneros"* (pág. 1373).

En el mismo sentido se pronunciaba también CAPILLA RONCERO (*Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, Edersa, XXI-1º, 1986, art. 1.669, pág. 47).

³² Como *típico patrimonio colectivo* lo calificaba DE CASTRO (*El patrimonio*, en *Temas de Derecho civil*, 1972, pág. 65).

también aquí existen medidas especiales para la tutela del interés de los acreedores privativos frente a las operaciones de partición del patrimonio ganancial, por la remisión hecha en esta materia a las reglas de la partición de la herencia (art. 1.410 CC, en relación con el art. 1.083 CC).

III. LOS ACTOS PARTICIONALES²³ Y EL FRAUDE DE ACREEDORES

Para evitar el fraude en la división o en la partición, el legislador ha previsto una medida específica en nuestro ordenamiento: la facultad de los acreedores particulares de oponerse a que la división se realice sin su concurso (art. 403 CC, y supuestos de remisión a éste en el art. 1.669-II CC) o facultad de intervenir en la partición (art. 1.083 CC, y supuestos de remisión a éste según los arts. 1.410 y 1.708 CC).

La posibilidad de ejercicio de esta facultad, lejos de ser un obstáculo para la impugnación de la partición injustamente lesiva (art. 1.111 CC), puede facilitar el ejercicio de la acción de impugnación porque provoca -en determinadas circunstancias- una presunción *iuris tantum* de fraude. Veamos detenidamente cada una de estas medidas.

III.1. La facultad de los acreedores particulares de intervenir en la partición o de oponerse a que la división se realice sin su concurso

La facultad de los acreedores particulares de concurrir a las operaciones de partición parece prevista tanto en el régimen de la comunidad de bienes (art. 403 CC) como en el de la partición de herencia (art. 1.083 CC). Sin embargo, el primero de estos preceptos tiene un contenido más amplio o exhaustivo, porque se refiere a las consecuencias del ejercicio de esta facultad. Ya que la facultad parece ser la misma y dado que los regímenes de la sociedad civil y de la sociedad de gananciales contienen normas de remisión a uno u

²³ Hablaremos de actos particionales para referirnos tanto a la división de la cosa común, como a la partición de la herencia, o a la disolución de la sociedad civil o de la sociedad de gananciales.

uno de estos preceptos³⁴, creemos conveniente determinar si el ejercicio de la facultad acarrea o no las mismas consecuencias cuando es de aplicación el art. 403 CC que cuando lo es el art. 1.083 CC. Esto solucionaría algunas de las cuestiones que se plantean en torno al art. 1.083 CC.

1.1. El artículo 1.083 CC

La concesión legal de la facultad de los acreedores del heredero para intervenir en la partición se recoge en el artículo 1.083 de nuestro Código Civil³⁵.

Art. 1.083 CC.- *Los acreedores de uno o más de los coherederos podrán intervenir a su costa en la partición para evitar que ésta se haga en fraude o perjuicio de sus derechos.*

El tenor literal del precepto conduce a preguntarse si los acreedores del

³⁴ La remisión se hace al art. 403 CC, para la sociedad sin personalidad jurídica, en el art. 1.669-II CC; y al art. 1.083 CC, para la sociedad civil en general y para la sociedad de gananciales, en los arts. 1.708 y 1.410 CC respectivamente.

³⁵ El precedente del art. 1.083 CC en el Proyecto de 1851 es el segundo párrafo del art. 913 de este texto, sustancialmente idéntico, que declaraba que *los acreedores de uno o más de los coherederos pueden intervenir a su costa en la partición para evitar que se haga en fraude o perjuicio de sus derechos.*

GARCIA GOYENA (*Concordancias...*, 1852, reimpresión de la edición de Madrid, Zaragoza, 1974, art. 913, pág. 453) dice que este segundo párrafo del artículo *está tomado del 882 Francés y que el 802 Napolitano añadía, salvo el derecho de pedir la restricción correspondiente a todo acreedor en los términos de los artículos 1119 y 1120.* Y comenta a continuación: *"Pero vale más prevenir fraudes que remediarlos después de hechos, y no puede negarse a los acreedores el derecho de vigilar que su deudor no haga nada en fraude o perjuicio de sus créditos, haciéndolo a costa suya y no de los bienes hereditarios".* Queda clara la finalidad de la norma como medida preventiva del fraude.

VAZQUEZ IRUZUBIETA (*Doctrina y Jurisprudencia del Código civil*, 4ª ed., Edersa, 1992, art. 1.083, pág. 1425) señala en este sentido como doctrina sobre el precepto que *la intervención prevista tiene por objeto evitar fraudes y confabulaciones entre los herederos, causando perjuicio a los acreedores.*

heredero³⁶ pueden oponerse a la partición; y si pueden, y en qué circunstancias, impugnarla después de hecha. La doctrina ha interpretado de modo unánime que los acreedores del heredero no están facultados para oponerse a la partición hasta el punto de impedir³⁷. Tampoco están legitimados para instar la partición³⁸, simplemente se les concede la facultad de intervenir. Es importante destacar que el fin de la norma (evitar el fraude) señala el

³⁶ El precepto se refiere claramente a los acreedores del heredero y no a los acreedores hereditarios, aunque se encuentre en la Sección dedicada a las deudas hereditarias. Como indica SCAEVOLA (*Código civil*, XVIII, Madrid, 1901, art. 1.083, pág. 484), el artículo 1.083 no alude a acreedores ni a deudas hereditarias (...), aun dejando mal parada, (...), la exactitud del epígrafe que encabeza la presente Sección 5ª.

En idéntico sentido se pronuncian MANRESA (*Comentarios al Código civil español*, VII, Madrid, 1900, pág. 714); y VAZQUEZ IRUZUBIETA (*Doctrina y Jurisprudencia del Código civil*, 4ª ed., Edersa, 1992, pág. 1425).

³⁷ La oposición que pueden realizar los acreedores del heredero es meramente formal. Se les confiere sólo la facultad de intervenir en la partición (art. 1.083 CC), a diferencia de la facultad de oposición material que se confiere a los acreedores hereditarios en el art. 1.082 CC. Estos últimos sí podrán impedir que la partición se lleve a cabo antes de que se les pague o afiance el importe de sus créditos.

El sentido de esta diferencia de facultades reconocidas a uno y otro tipo de acreedores se pone de manifiesto en el siguiente texto de DE LA CAMARA (*Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, 1993, pág. 2557): "la facultad de oponerse a la partición tiene, por lo que dice a los acreedores hereditarios, un fundamento claro que consiste, como sabemos, en que sus créditos queden pagados o garantizados anteponiéndose a los legatarios y a los acreedores particulares de los herederos, en tanto que en lo que concierne a estos sólo tiene sentido concederles la facultad de intervenir para evitar que los herederos al partir se propongan defraudarles o perjudicarles".

³⁸ F. GUIRAO ALCAZAR (*Ineficacia del art. 1.083 del Código civil*, R.D.P., 1932, págs. 53-54) criticaba la facilidad con que se podría burlar el interés de los acreedores del heredero, porque éstos no están legitimados para instar la división (sí lo están, sin embargo los acreedores hereditarios) y porque se admite la partición extrajudicial. Propone un complemento al art. 1.083 CC, que legitime a los acreedores del coheredero para instar el procedimiento de división de herencia y cargue los costes al coheredero deudor.

Hay un caso en el que al menos un sector de la doctrina aprueba la legitimación de los acreedores del heredero para instar la partición de herencia. Se trata de los supuestos de ejercicio de la acción prevista en el art. 1.001 CC, en relación con el art. 1.111 CC. En este sentido se han pronunciado ESPIN (*Manual de Derecho civil español*, V, 5ª ed., Edersa, 1978, pág. 143) y CASTAN (*Derecho civil español, común y foral*, VI-1º, Madrid, 1989, Reus S.A., pág. 336).

ámbito de las operaciones particionales en que pueden intervenir³⁹ (inventario, avalúo o tasación, liquidación, formación de lotes y adjudicación)⁴⁰. En definitiva, el contenido de esta facultad puede definirse como la posibilidad de control de las operaciones particionales a los efectos de evitar el fraude (De la Cámara⁴¹, Valler⁴², Scaevola⁴³, Bonet Correa⁴⁴,

³⁹ Hay que tener en cuenta cada una de las actuaciones dirigidas a lograr la partición. Es una operación particional, por ejemplo, *la adjudicación de bienes para pago de deudas hecha a uno de los coherederos*, según explica PUIG BRUTAU (*Fundamentos de Derecho civil*, V-3º, Bosch, 1983, pág. 513). A nuestro juicio, los acreedores del coheredero sólo podrán conocer que se va a llevar a cabo esta operación, pero no impedirla en virtud de la facultad de intervenir. En este caso -continúa el autor (págs. 513-514)- los acreedores del coheredero no tienen derecho alguno sobre los bienes adjudicados a su deudor para el pago de las deudas hereditarias (como resulta de la *sentencia de 23 de mayo de 1935, en la que el Tribunal Supremo declaró que la figura jurídica creada por las adjudicaciones para pago de deudas es muy compleja, pero en síntesis cabe afirmar que por ella se constituye un patrimonio especial, dotada de órganos de disposición y caracterizada por su finalidad fiduciaria, o sea, por la atribución de la propiedad o de un derecho a un sujeto activo en interés ajeno y por motivos de confianza*).

⁴⁰ DIEZ-PICAZO y GULLON (*Sistema...*, IV, Tecnos, 6ª ed., 1992, pág. 574-575) señalan que la partición se compone de estas operaciones. También PUIG BRUTAU (*Fundamentos de Derecho civil*, V-3º, Bosch, 1983, pág. 515) enumera estas actuaciones entre las operaciones particionales: "*Las operaciones particionales son fundamentalmente tres: 1ª inventario y avalúo; 2ª liquidación, y 3ª división y adjudicación*".

⁴¹ Se pregunta DE LA CAMARA (*Comentario del Código Civil*, I, Ministerio de Justicia, 1993, pág. 2557), "*¿En qué consiste la facultad de intervención?*", a lo que contesta: "*Creemos que en el derecho que se les confiere en el sentido de controlar y fiscalizar la partición*". La razón que lo justifica es, a juicio del autor (pág. 2556), la siguiente: "*Es evidente el interés de los acreedores particulares de los herederos en intervenir en la partición para evitar que esta se haga en perjuicio o fraude de sus derechos, habida cuenta de que la ejecución de sus créditos sobre bienes determinados de la herencia únicamente será posible una vez otorgada la partición*". Surge entonces la pregunta sobre qué ámbito abarcan esas llamadas operaciones de partición. Y el mismo DE LA CAMARA, en el *Compendio de Derecho Sucesorio* (La Ley, 1990, págs. 430-433), dedica un apartado a las operaciones que comprende la partición, en el que las describe del siguiente modo: "*En la práctica, es usual que las operaciones comiencen por las llamadas "bases" o "supuestos". Se trata de un resumen de antecedentes. Así, se indica la fecha y el lugar del fallecimiento del causante, el título sucesorio resumiendo su contenido, se indican quiénes son los interesados en la sucesión, los criterios seguidos en la valoración de bienes y, en fin, cuantos datos y antecedentes se consideren necesarios según las circunstancias del caso. Se procede después a inventariar los bienes relictos, con indicación del título de adquisición (...), y las cargas que pudieren pesar sobre ellos y el valor asignado a cada uno; se practica a continuación la colación cuando proceda, continúa la partición con la liquidación de la herencia y fijación de los haberes respectivos y se ultima con la formación de lotes y adjudicación de los mismos. A veces concluye la partición con las que se llaman "declaraciones finales", casi*

De Cossio⁴³).

En cuanto a los herederos, en principio no se sostiene que tengan el deber de

siempre innecesarias".

⁴² VALLET (*Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Edersa, XIV-2º, Madrid, 1989, págs. 658 y siguientes) contrapone dos posibles interpretaciones: 1ª) la que hace Scaevola; el cual, partiendo de que el art. 1.034 tiene carácter de excepción aplicable al caso de aceptación a beneficio de inventario, estima que, en general, la intervención reconocida por el art. 1.083 a los acreedores del heredero *equivale a la colaboración activa, de consulta y resolutive, por medio de la valoración del inventario, liquidación y formación de hijuelas, sobre todo en lo que afecta a la del heredero deudor*; y 2ª) la interpretación que ha hecho el Tribunal Supremo (SS.T.S. de 13 de octubre de 1911 y de 8 de mayo de 1897) y parte de la doctrina (Manresa; Sánchez Román), en sentido de estimar que el artículo 1.083 otorga al acreedor del heredero un *derecho de carácter preventivo que (...) se limita a intervenir en las particiones (...), para que, teniendo perfecto conocimiento los acreedores de la forma en que se practican, eviten confabulaciones entre los interesados que hagan imposible el pago de sus créditos*.

⁴³ Parece acertada la opinión de SCAEVOLA (*Código civil*, XVIII, Madrid, 1901, págs. 486-487) cuando comenta que ya que el legislador no señala *ni una sencilla referencia* al contenido de ese derecho de intervenir, *habremos, pues, de guiarnos por el objeto que ese derecho persigue, el cual lo expresa terminantemente el precepto que comentamos, que concluye declarando que esa intervención ha de tender a evitar que la partición se haga en fraude o perjuicio de los derechos que asisten a los acreedores particulares citados*. Según esto, como el fraude lo mismo puede prepararse y producirse al hacerse el inventario del caudal del difunto, al valuarlo, que al distribuirlo, el acreedor de un coheredero podrá intervenir en todas esas operaciones: *esa intervención no ha de ser restringida, ni limitada a ciertos momentos de la partición, sino extensiva a todos aquellos en los que pueda realizarse el fraude o perjuicio de los derechos por los que dicho precepto vela* (págs. 487-488).

⁴⁴ J. BONET CORREA (*Código civil concordado y con jurisprudencia*, Cívitas, 1993, art. 1.083, pág. 852) cita la doctrina de la STS 13 octubre 1911, que explica el contenido de esta facultad diciendo que *el derecho de carácter preventivo que al acreedor otorga este artículo se limita a intervenir en las particiones judiciales o extrajudiciales, para que teniendo perfecto conocimiento los acreedores de la forma en que se practican eviten confabulaciones entre los interesados que hagan imposible el pago de sus créditos; pero sin que esta intervención pueda llevarse al extremo de que en el juicio se reconozca como partes a otros acreedores que los que lo sean del propio testador, ni tampoco los del heredero pueden oponerse a que se lleve a efecto la partición extrajudicial, aunque no se les pague o afiance el crédito*. En efecto, el Tribunal Supremo, en sentencia de 13 de octubre de 1911, definía el contenido de esta facultad, dirigida a evitar el fraude y hacer posible el cobro.

⁴⁵ A. DE COSSIO (*Instituciones de Derecho civil*, 2, Alianza Editorial, 1975, pág. 1006) entiende que dicha intervención tiene como único objeto la *fiscalización del inventario y avalúo de los bienes*.

partir a sus acreedores que se va a celebrar la partición (De la Cámara⁴⁶, Vázquez Iruzubieta⁴⁷, Manresa⁴⁸), aunque una vez que éstos hacen uso de la facultad sí es conveniente que se les notifique que se va a realizar la partición (Díez-Picazo y Gullón⁴⁹)⁵⁰. Para que se pueda exigir de los coherederos la notificación de que se va a llevar a cabo la partición creemos que será necesario que se les haya comunicado a todos que se hace uso de la facultad de intervenir.

La doctrina ha abierto los interrogantes que deja pendientes el art. 1.083 CC. Por ejemplo, Vallet se pregunta qué efectos tendrá la partición que se celebra sin intervención de los acreedores del heredero, a pesar de que éstos habían reclamado su derecho a intervenir⁵¹. Díez-Picazo y Gullón denuncian el silencio del Código civil sobre

⁴⁶ A juicio de M. DE LA CAMARA (*Comentario del Código civil*, I, Ministerio de Justicia, 1993, art. 1.083, pág. 2557) *no es necesario notificar a los acreedores del heredero (como tampoco a los acreedores hereditarios) que se va a practicar la partición.*

⁴⁷ En este sentido manifiesta su opinión VAZQUEZ IRUZUBIETA (*Doctrina y Jurisprudencia del Código civil*, 4ª ed., Edersa, 1992, art. 1.083, págs. 1425-1426), diciendo que no considera apropiado admitir el deber de los herederos de notificar a sus acreedores porque ello supondría *admitir que los acreedores tendrían derecho a ser notificados cada vez que un deudor mejora de fortuna o simplemente recibe bienes o dinero de modo inesperado.* Y añade: *"No creo que la protección del acreedor llegue a tanto, no obstante mi reiterada crítica por la desprotección a que se ven sometidos por la legislación actual (...). No es posible reconocerles aquí un derecho desproporcionado y que violenta la garantía de intimidad y libertad individual de los coherederos. (...) Una cosa es que puedan intervenir y otra que sean avisados para que intervengan".*

⁴⁸ También MANRESA (*Comentarios al Código civil español*, VII, Madrid, 1900, art. 1.083, pág. 717) opinaba que el precepto *no constituye una traba para los herederos, que pueden cuando quieran realizar la partición sin previo aviso a los acreedores.*

⁴⁹ DIEZ-PICAZO y GULLON (*Sistema...*, IV, 6ª ed., Tecnos, 1992, pág. 574) afirman que el ejercicio de esta facultad obliga a notificar que la partición se va a realizar a los acreedores.

⁵⁰ A nuestro juicio, si los acreedores ejercitan la facultad y los herederos no les notifican que se va a realizar la partición, se puede presumir *iuris tantum* que la partición se realizó en fraude de acreedores. A esta conclusión llegamos al relacionar este precepto con el artículo 403 CC, de lo que trataremos más adelante.

⁵¹ VALLET; *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, XIV-2º, Edersa, Madrid, 1989, pág. 660.

las consecuencias de una partición hereditaria que se consumase en contra de la oposición formalmente manifestada por los acreedores⁵². Para resolver estas cuestiones vamos a estudiar el contenido del art. 403 CC, que puede arrojar luz sobre ellas.

1.2. El artículo 403 CC

Del artículo 403 CC se ha dicho que es *un precepto oscuro*, entre otras razones porque *no está claro el papel que corresponde a acreedores y cesionarios de los partícipes en la división de la cosa común* (Miquel)⁵³.

Art. 403 CC.- *Los acreedores o cesionarios de los partícipes podrán concurrir a la división de la cosa común y oponerse a la que se verifique sin su concurso. Pero no podrán impugnar la división consumada, excepto en caso de fraude, o en el de haberse verificado no obstante la oposición formalmente interpuesta para impedirla, y salvo siempre los derechos del deudor o del cedente para sostener su validez.*

En el precepto se regula la facultad de los acreedores particulares de oponerse a que la división se realice sin su concurso⁵⁴ de modo más completo que como se hace en

⁵² DIEZ-PICAZO y GULLON; *Instituciones de Derecho civil*, II, Tecnos, 1995, pág. 791.

⁵³ MIQUEL; *Comentarios...*, V-2º, Edersa, 1985, art. 403, pág. 498.

⁵⁴ J.Mª. MIQUEL (*Comentario del Código civil*, I, Ministerio de Justicia, 1993, art. 403, pág. 1111) define el contenido de esta facultad de los acreedores particulares de los comuneros diciendo que *se les concede el derecho a oponerse a que la división se realice sin su concurso*.

La mayoría de los autores expresan que el artículo 403 CC faculta a los acreedores del comunero para *concurrir a la división de la cosa común y oponerse a la que se verifique sin su concurso*, siguiendo el tenor literal del precepto. Así, por ejemplo, DIEZ-PICAZO (*Fundamentos...*, III, Cívitas, 1995, 4ª ed., págs. 931-932); PUIG BRUTAU (*Fundamentos...*, III-2º, 3ª ed., 1979, pág. 38); CASTAN (*Derecho civil...*, II-1º, 13ª ed., Reus S.A., 1987, pág. 527); ALBALADEJO (*Derecho civil*, III-1º, 5ª ed., LB, 1983, pág. 410); LACRUZ (*Elementos...*, III-2º, LB, 1980, pág. 282); MANRESA (*Comentarios...*, III, Madrid, 1893, art. 403, pág. 438).

BELTRAN DE HEREDIA (*La comunidad de bienes en Derecho español*, Madrid, 1954, págs. 355-357) explica que los acreedores del comunero tienen *derecho a oponerse a*

el art. 1.083 CC para la partición de herencia. En el art. 403 CC, junto al reconocimiento de la facultad el legislador se ha ocupado de hacer algunas alusiones a la impugnación de la división una vez realizada, aunque la redacción de la norma ha dado origen a distintas interpretaciones.

Como a los acreedores del heredero, se faculta en sede de comunidad de bienes a los acreedores del comunero para controlar las operaciones de división de la cosa común, y -como en aquel caso- también aquí niega la doctrina que esa facultad de intervenir suponga la posibilidad de paralizar u obstaculizar la división (Díez-Picazo⁵⁵, Díez-Picazo y Gullón⁵⁶, Scaevola⁵⁷, Castán⁵⁸, Albaladejo⁵⁹). En una palabra, los acreedores del

la división: esta oposición no se limita a declarar que se tienen derechos en la división que se va a hacer, sino que habrá de expresarse que se opone a que se realice en la forma que se pretende; es decir, sin su intervención. Los acreedores del comunero tienen el consiguiente derecho de concurrir a la división, tanto si se trata de una división realizada por los interesados o por árbitros o amigables componedores, como si se trata de una división judicial.

SCAEVOLA (Código civil, VII, 3ª ed., Madrid, 1896, art. 403, pág. 307) se detiene a explicar la posibilidad de intervención de los acreedores en la división: "*¿Cuáles son sus facultades respecto de ésta? (...) será pues asistir a la división. (...) La división de la cosa común es casi siempre una serie de actos, no un acto solo; al conceder la ley a determinadas personas facultad de presenciar aquélla, se la otorga naturalmente para los varios actos que la integran*".

⁵⁵ DIEZ-PICAZO (Fundamentos..., III, Cívitas, 4ª ed., 1995, pág. 932) explica que debe entenderse que los acreedores (...) pueden asistir y presenciar las operaciones particionales o divisorias. En cuanto al alcance de esta "concurrencia" dice que no parece (...) que llegue más allá de la pura presencia física o asistencial al acto. Pueden en éste manifestar -es claro- su opinión o consignar las protestas que consideran oportunas, pero su voluntad no es decisiva en orden a la manera de llevar a cabo la división.

⁵⁶ DIEZ-PICAZO y GULLON (Instituciones..., II, Tecnos, 1995, pág. 74) comentan que en ningún caso la división tiene que contar con su consentimiento.

⁵⁷ SCAEVOLA (Código civil, VII, 3ª ed., Madrid, 1896, pág. 308) dice lo siguiente: "A nuestro entender, la intervención se concretará a expresar su opinión y a firmar en su caso el documento, pero sin extenderse al punto de que puedan decidir con su voto la manera de llevarse a cabo la división en caso de oposición (...). Gozan de voz pero no de voto. (...) La facultad de decidir arranca del derecho de propiedad sobre la cosa; el acreedor tiene sólo el de asistir para evitar que se perjudique o lesione su derecho".

⁵⁸ Siguiendo a Scaevola, CASTAN (Derecho civil..., II-1º, 13ª ed., Reus S.A., 1987, pág. 527) opina que a los acreedores sólo se les puede reconocer una facultad de inspección.

comunero tienen voz pero no voto en la división. La utilidad que tiene para los acreedores el ejercicio de esta facultad radica en que disponen de los datos necesarios para, en caso de lesión, poder probar el fraude (Miquel⁶⁰); o en que pueden evitar el perjuicio (Albaladejo⁶¹). De otro modo, el acceso a esta información sería asequible en la medida en que fuera pública (así, a través del Registro de la Propiedad para los inmuebles) pero más difícil en los demás casos (por ejemplo, en relación con los bienes muebles, las mejoras, etc...). Scaevola señalaba que como la finalidad de la norma es proteger el derecho de crédito, el artículo no es aplicable cuando se trate de un acreedor que estuviera suficientemente garantido⁶², en contra de lo que sostenía Manresa⁶³.

Como a los coherederos, tampoco a los comuneros se impone expresamente, antes de que los acreedores hayan ejercitado la facultad, el deber de comunicarles que se va a llevar a cabo la división (Niegan ese deber, con carácter general, De Cossío⁶⁴,

⁵⁹ ALBALADEJO (*Derecho civil*, III-1º, 5ª ed., LB, 1983, pág. 410) se pronuncia en idéntico sentido.

⁶⁰ MIQUEL; *Comentario del Código civil*, I, Ministerio de Justicia, 1993, art. 403, pág. 1112.

⁶¹ ALBALADEJO (*Derecho civil*, III-1º, 5ª ed., LB, 1983, pág. 410) alude a que la finalidad de esta medida es evitar que se les perjudique (a los acreedores particulares de los comuneros).

⁶² Según SCAEVOLA (*Código civil*, VII, 3ª ed., Madrid, 1896, pág. 309) la finalidad del art. 403 CC es la de garantizar el derecho del acreedor, de donde se desprende que cuando no exista esta causa, es decir, cuando el acreedor tenga su crédito suficientemente garantido, no es aplicable el precepto.

⁶³ MANRESA (*Comentarios...*, III, Madrid, 1893, art. 403, pág. 439) comenta que la facultad otorgada a los (...) acreedores de los partícipes, no puede desaparecer aun cuando estos ofrezcan garantizar debidamente a aquéllos la seguridad de sus créditos, o desde luego les abonen su importe, si los acreedores (...) no renuncian al ejercicio de su derecho ante el ofrecimiento o solvencia.

⁶⁴ DE COSSIO (*Instituciones de Derecho civil*, 2, Alianza Editorial, 1975, pág. 544) dice que no es que la Ley exija que se les notifique el propósito de dividir, sino que se limita a concederles un derecho potestativo para intervenir en las operaciones divisorias y una acción rescisoria, ejercitable contra todos los comuneros, en los casos en que se acrediten fraude o división perjudicial verificada a pesar de su formal oposición.

Manresa⁶⁵). Pudiera decirse entonces que esto hace inoperante en ciertos casos el ejercicio de la facultad. Sin embargo no es así si interpretamos, con la doctrina, que se trata de una facultad previa a la división, que consiste en la posibilidad de manifestar la personal oposición a que ésta se lleve a cabo sin su concurso⁶⁶, de tal modo que si -habiéndose ejercitado la facultad- los copartícipes realizan por su cuenta la división sin contar con la intervención de aquellos acreedores, deberán soportar -si la división es impugnada- la consiguiente presunción *iuris tantum* de fraude que se deduce del art. 403 CC. Con razón se ha afirmado, en consonancia con lo anterior, que la posición de los acreedores de los partícipes frente a la división depende notablemente de si usaron o no de la facultad que les reconoce el art. 403 CC⁶⁷.

Si el acreedor o acreedores comunicaron a los copartícipes su voluntad de

⁶⁵ En el mismo sentido que el anterior ya antes MANRESA (*Comentarios...*, III, Madrid, 1893, art. 403, pág. 438) había opinado que *las operaciones divisorias serán válidas, sin necesidad de que los condóminos citen de modo previo a los (...) acreedores, tanto porque la ley no exige semejante citación, cuanto porque en caso alguno estima indispensable la concurrencia al acto de otras personas que las de los partícipes en la comunidad.*

⁶⁶ La facultad de oponerse a la división hace referencia a un momento anterior a la división según doctrina del Tribunal Supremo (sentencia de 31 de diciembre de 1985, F.D. 3^o). En este sentido, MIQUEL (*Comentario del Código civil*, I, Ministerio de Justicia, 1993, pág. 1111) explica que *se trata de una oposición previa a la división y que tiene por contenido que no se practique la división sin su concurso* (También, el mismo autor, expresaba esta idea en los *Comentarios...*, V-2^o, Edersa, 1985, pág. 506). En el mismo sentido se pronunciaba BELTRAN DE HEREDIA (*La comunidad de bienes en Derecho español*, Madrid, 1954, págs. 355-356) al afirmar que una vez manifestada la oposición, los comuneros deben permitir la intervención de esos acreedores a la división. El *derecho a oponerse a la división*, dice, *hace referencia a un momento anterior a la división y de su ejercicio depende que exista obligación por parte de los copropietarios de permitirle concurrir a la división.*

DIEZ-PICAZO (*Fundamentos...*, III, Cívitas, 1995, 4^a ed., pág. 932) opina que la *oposición parece que tiene aquí el sentido de un trámite previo a la impugnación. Es una manifestación de voluntad dirigida a que la división no se verifique sin el concurso del que la realiza.*

Se queja SCAEVOLA (*Código civil*, VII, 3^a ed., Madrid, 1896, pág. 310) de que el *lenguaje del Código es vago en extremo, pero a su juicio quiere decir que si sabe un acreedor que se trata de dividir la cosa común sin que los partícipes le hayan dado conocimiento, podrá solicitar que se le reconozca el derecho de asistir a la división y se requiera a los condueños para que no la realicen sin su concurso.*

⁶⁷ MIQUEL (*Comentario del Código civil*, I, Ministerio de Justicia, 1993, pág. 1111; y en los *Comentarios...*, Edersa, V-2^o, 1985, pág. 506).

concurrir a la división, éstos deberán notificarles el momento y lugar en que se va a realizar. Afirma que tienen los comuneros este deber, Díez-Picazo⁶⁸). Además, creemos que en todo caso podrá cualquiera de los partícipes comunicar a sus acreedores o a los acreedores particulares de otro u otros de los comuneros que se va a proceder a la división a fin de que concurren, sin que los demás comuneros puedan oponerse. Esto puede interesarle a efectos de evitar una posterior impugnación y estaría justificado por el propio reconocimiento legal de la facultad de concurrir (art. 403 CC). Si los acreedores o sus representantes se personan en la división, los comuneros tienen el deber de consentirles que concurren⁶⁹.

Para cada caso, creemos que las vías de tutela del derecho de crédito frente a la división realizada pueden ser las siguientes:

A. *Los acreedores particulares de un comunero no usaron la facultad de oposición a que la división se realizase sin su concurso.*- Esto pudo ocurrir bien porque no tuvieron conocimiento de que se iba a proceder a la división, o bien porque -conociéndolo- no quisieron usarla. En ambos casos los acreedores pueden impugnar los actos divisorios ejercitando la genérica acción pauliana (art. 1.111 CC). Es irrelevante el art. 403 CC. Si los acreedores prueban que a su deudor le fue adjudicado un lote por valor inferior al que le correspondía conforme a su cuota y que esto les ha perjudicado directamente (no existe otro medio para hacer efectivo el cobro de sus créditos), se revocará la partición. Puede prescindirse en este caso de la prueba del elemento subjetivo del fraude (*consilium fraudis* de los copartícipes) porque el acto es en sí mismo fraudulento. Aplicamos los criterios de objetivación del fraude, pero se advierte no obstante la dificultad de la prueba del daño por cuanto los acreedores no han tenido acceso a los datos de la división al no haber ejercitado

⁶⁸ El Profesor DIEZ-PICAZO (*Fundamentos...*, III, Cívitas, 4ª ed., 1995, pág. 932) opina que *en principio puede admitirse que se les debe dar (a los acreedores y cesionarios) intervención tanto en el negocio jurídico divisorio como en el proceso iniciado con dicho fin. De ello se desprende que los interesados en la división deben poner ésta en conocimiento de aquéllos (deber de información o de notificación).*

⁶⁹ La S.T.S. de 31 de diciembre de 1985 declara que el art. 403 concede a los acreedores de los partícipes tres derechos, (...), el de oponerse a la división, el de concurrir a la misma y el de impugnar la división consumada en los dos supuestos que se contemplan: (...) (F.D. 2º); y que lo que se impone a los condóminos es la prohibición de realizar la división (...) sin la solicitada intervención (F.D. 4º).

la facultad de oponerse a que la división se realizase sin su concurso. En este sentido, puede decirse que la diligencia exige usar la facultad que les brinda el art. 403 CC, a pesar de desconocer que la división era inminente.

B. Los acreedores usaron la facultad de oponerse a que la división se realizase sin su concurso.- Es el supuesto de hecho de la norma contenida en el art. 403 CC. En este caso, son posibles las siguientes situaciones:

B.1. No concurrieron a la división, porque no quisieron o porque de cualquier modo se les impidió.- Si se les comunicó cuándo se iba a realizar la división y no pusieron los medios para concurrir o les fue imposible concurrir por causas ajenas a los comuneros, la solución debe ser la misma que si no hubieran usado la facultad⁷⁰. Pero si de cualquier modo se les impidió concurrir (materialmente o porque no conocieron del momento y lugar en que se realizaría el acto divisorio), los acreedores pueden impugnar la división de la cosa común por fraude de acreedores, sin necesidad de probar de ningún modo el fraude. Se aplica una presunción *iuris tantum* de fraude⁷¹, contenida en el art. 403 CC⁷². La presunción se destruye probando el equilibrio de la división. Es decir, se obliga a los copartícipes a que prueben que la división se realizó sin perjuicio para los acreedores

⁷⁰ A juicio de MIQUEL (*Comentario del Código civil*, I, Ministerio de Justicia, 1993, art. 403, pág. 1112), si se convoca a los acreedores a la práctica de la división y no acuden, su situación es igual a la de los que no se opusieron. Pueden atacar la división, si hay fraude, según las reglas generales.

Creemos que se asemeja más su situación a la de quienes no usaron la facultad pues, aunque el resultado es el mismo (ambas ópticas admiten la impugnación por las reglas generales del fraude), los medios de que dispone el que concurrió y no se opuso son mejores de cara a probar el fraude porque dispone de la información necesaria para ello. Por el contrario, el que no concurrió porque no quiso se encuentra en la misma situación que el que no usó la facultad.

⁷¹ En este sentido se pronuncia el Profesor José M^a MIQUEL (*Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, V-2º, Edersa, 1985, art. 403, pág. 507).

⁷² Esta presunción de fraude está implícita en el texto del art. 403 CC, formulado en sentido positivo: "Los acreedores de los partícipes...podrán impugnar la división consumada ...en caso...de haberse verificado no obstante la oposición formalmente interpuesta para impedirla. Lo que admite prueba en contrario, pues sigue diciendo: "...y salvo siempre los derechos del deudor ...para sostener su validez".

particulares que habían ejercitado la facultad⁷³ o -de lo contrario- se revoca el acto.

B.2. Concurrieron a la división.- Si concurrieron a la división, los acreedores pudieron manifestar su aprobación, su protesta, o simplemente reservarse su opinión.

a) Si aceptaron la división así realizada no podrán impugnarla después (art. 403 CC)⁷⁴. Se exceptúa el supuesto en que probasen que se les había ocultado algún tipo de información que afecte a su interés, con lo que sería manifiesto el *consilium fraudis*⁷⁵. Es posible también que no hubiera mala fe de los partícipes pero que la división no llegue a un resultado equivalente (por ejemplo, no ocultaron la información, pero dieron una información inexacta por negligencia). En ese caso, puede alegarse el error e instar que se anule la división (subrogándose para ello los acreedores en lugar del deudor partícipe).

b) Si manifestaron su desacuerdo con la división así realizada pueden impugnarla después, para lo que cuentan ya con la información necesaria para probar el fraude⁷⁶, que existe -como veremos- desde el momento en que hay una desproporción entre el valor de los bienes adjudicados a su deudor (insolvente) y el valor correspondiente a su

⁷³ En este sentido entendemos que se pronuncia el Profesor José M^a MIQUEL (Comentario del Código civil, I, Ministerio de Justicia, 1993, art. 403, págs. 1.111-1.112) cuando explica que si una vez que los acreedores han comunicado su oposición a los comuneros, éstos no les convocan a la práctica de la división, el deudor o cedente deberá probar que la división no se ha hecho en fraude de los derechos de los acreedores (...). Hay en este caso una inversión de la carga de la prueba del fraude. También desarrolla esta idea en los Comentarios al Código civil y Compilaciones forales (Edersa, V-2º, 1985, art. 403, pág. 507).

⁷⁴ MIQUEL (Comentario del Código civil, I, Ministerio de Justicia, 1993, art. 403, pág. 1112) excluye la impugnación por fraude si los acreedores aprobaron las operaciones de división. Sin embargo, esto no obsta -añade- para que ataquen la división por la lesión a su deudor o cedente, del mismo modo que éste puede hacerlo.

⁷⁵ Es lo que se desprende del texto del art. 403 CC: "(...). Pero no podrán impugnar la división consumada, excepto en caso de fraude, (...)".

⁷⁶ MIQUEL (Comentario del Código civil, I, Ministerio de Justicia, 1993, art. 403, pág. 1112) comenta que si los acreedores no aprueban la división pueden emplear todos los medios para defender su derecho, pero no la pueden impedir. Explica que la utilidad de la medida prevista en este artículo radica en la posibilidad de que los acreedores controlen las operaciones de división y obtengan los datos necesarios para impugnar o prevenir el fraude.

cosa en la comunidad. Es posible entonces objetivar el fraude porque el acto es en sí mismo lesivo del derecho de crédito.

c) Si no manifestaron su opinión estamos ante un supuesto semejante al anterior, que a nuestro juicio tiene idéntica salida frente a la división. A nuestro juicio, solo tiene sentido negar la impugnación por haber hecho uso de la facultad -según el art. 403 CC- en el caso de haberse aprobado de modo manifiesto la división realizada. La norma debe interpretarse del modo más favorable para el acreedor ya que su finalidad es la tutela del derecho de crédito.

1.3. La generalización del régimen del artículo 403 CC a la impugnación de los actos particionales

Acabamos de señalar el régimen que creemos más apropiado para la impugnación de la división de la cosa común por fraude, conforme al art. 403 CC. La cuestión que se presenta ahora es si podemos trasladar ese régimen a los supuestos de partición de herencia y, por consiguiente, a la disolución de la sociedad civil y de la sociedad de gananciales (cuyas normas se remiten a las de la partición de herencia; arts. 1.708 y 1.410 CC respectivamente). Como señalamos al estudiar el art. 1.083 CC, este precepto deja abiertos -entre otros- los interrogantes sobre qué ocurre si los acreedores usaron su facultad pero no fueron avisados para concurrir o si, habiendo concurrido, manifestaron su desacuerdo con la partición así realizada. La aplicación del régimen del art. 403 CC a los supuestos en que es aplicable el art. 1.083 CC-sería útil para solucionar estas cuestiones, relativas a las consecuencias del uso que se haga de la facultad.

No existe una doctrina clara ni unánime al respecto.

Manresa no niega la relación que existe entre ambos preceptos, pero manifiesta su opinión contraria a la aplicación del régimen del art. 403 CC a los supuestos en que se aplica el art. 1083 CC, con el argumento siguiente: "*dado el silencio del artículo (1.083) que no reproduce la última parte del 403, no estimamos aplicable la doctrina de éste, pues parece hallarse modificado por aquél*". También podría argumentarse en este sentido que

⁷⁷ MANRESA; *Comentarios...*, VII, Madrid, 1900, pág. 717.

la remisión del régimen de la división de la comunidad a las reglas de la partición de herencia (art. 406 CC) excluye las normas relativas a las deudas hereditarias (arts. 1.082-1.087 CC)⁷⁸, entre las que se encuentra el art. 1.083 CC, y que por tanto tampoco a la inversa puede remitirse el régimen del art. 1.083 CC al propio del art. 403 CC. A nuestro juicio, no tiene sentido llegar a esa conclusión, porque la idea que late en la exclusión de las normas relativas a las deudas hereditarias se refiere a la diferencia sustancial que existe entre ambas situaciones (comunidad de bienes y herencia) a la hora de la división o de la partición en cuanto a la responsabilidad por las deudas. A ello nos referíamos al inicio de este capítulo. Mientras la herencia constituye un patrimonio que responde directamente de sus deudas (deudas hereditarias), los bienes sobre los que recae la comunidad no constituyen un patrimonio. De las deudas originadas por razón de la comunidad responden directamente los copropietarios con sus respectivos patrimonios personales. En el momento de la división no hay distinción entre acreedores por razón de la cosa común y acreedores particulares sino que todos son acreedores particulares, por lo que no sería correcto aplicar en este punto las normas de la partición de herencia que distinguen entre acreedores hereditarios y acreedores de los herederos⁷⁹. La misma diferencia se da entre la comunidad de bienes y la sociedad

⁷⁸ J.M^a MIQUEL (*Comentario del Código civil*, I, Ministerio de Justicia, 1993, art. 406, pág. 1117) al tratar de la remisión que hace el art. 406 para la división de la cosa común a las reglas de la partición de herencia, señala que se refiere tan sólo a los arts. 1051 a 1081 CC, y que *no parece que el régimen de las deudas hereditarias sea aplicable a la división de la cosa común*. También lo indicaba así el autor en los *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales* (V-2º, Edersa, 1985, art. 406, pág. 532). Sigue al anterior, CAPILLA (*Comentarios...*, XXI-1º, Edersa, 1986, pág. 699).

⁷⁹ El Tribunal Supremo ha tenido ocasión de pronunciarse al respecto en la sentencia de 14 de diciembre de 1985 (R.A. nº 6627). Se resuelve sobre un supuesto de división de comunidad de bienes (subasta pública y reparto, previa liquidación) en que alguno de los copartícipes es, a la vez, acreedor de otro de ellos en virtud de un crédito nacido *justamente por la situación de condominio* (F.D. 1º). El Tribunal Supremo equiparó al acreedor por razón de la cosa común con cualquier acreedor particular de los comuneros, y declaró que *el artículo mil ochenta y dos no es el aplicable por la remisión del cuatrocientos seis si para el régimen de copropiedad existe el precepto específico del artículo cuatrocientos dos* (entendemos se refiere al 403) *el cual, según la Jurisprudencia y la doctrina más autorizada, concede a los acreedores y cesionarios de los copartícipes en la comunidad tres derechos (...)* (F.D. 2º).

vil (externa o con personalidad jurídica)⁸⁰ o entre la comunidad de bienes y la sociedad de gananciales (supuestos a los que se aplican las normas de la partición de herencia por remisión de los arts. 1.708 y 1.410 CC, respectivamente).

Esto no es un obstáculo a la aplicación del régimen del art. 403 CC a los supuestos en que es aplicable el art. 1.083 CC, porque estas diferencias afectan tan sólo a la preferencia de unos acreedores sobre otros, pero no al interés del acreedor particular en la división o en la partición, que es el mismo en todo caso (evitar el fraude o desproporción entre el valor de los bienes que se adjudiquen a su deudor y el valor de su cuota). Sí existe una diferencia en cuanto al margen de operaciones en que pueden intervenir en uno y otro caso, porque la división de la cosa común es más simple que la partición, que requiere operaciones previas más complejas (en concreto, las referentes a la liquidación del patrimonio) en las que también podrán intervenir los acreedores particulares en la medida necesaria para evitar el fraude (control y fiscalización).

Por esta razón, porque el interés del acreedor particular en la división y en la partición es el mismo, nos parece que es posible la aplicación analógica del art. 403 CC a los supuestos en que es aplicable el art. 1.083 CC (En este sentido, Díez-Picazo y Gullón⁸¹)⁸². A la identidad de razón (los intereses protegidos son los mismos) y a la

⁸⁰ BELTRAN DE HEREDIA (*La comunidad de bienes en Derecho español*, Madrid, 1954, pág. 74) señala entre las consecuencias que lleva consigo el reconocimiento de la personalidad jurídica de las sociedades, una serie de principios que son -dice- *totalmente incompatibles* con la situación de comunidad. Entre otros rasgos, la incompatibilidad se pone de manifiesto -a juicio del autor- porque en la comunidad ni existe un patrimonio autónomo (art. 399 CC), *ni una insensibilidad recíproca de los patrimonios, como se demuestra con el art. 403 del C.c.* El hecho de que Beltrán de Heredia cite aquí el art. 403 CC, en el contexto de las diferencias entre sociedad y comunidad, lo interpretamos como referido a que en la comunidad no existe preferencia de unos acreedores sobre otros -como sería la de los acreedores sociales sobre los acreedores de los socios-, sino que se trata en todo caso de acreedores de los partícipes (a todos es aplicable el art. 403 CC).

⁸¹ DIEZ-PICAZO y GULLON (*Instituciones de Derecho civil*, II, Tecnos, 1995, pág. 791) se pronuncian en este sentido al entender que *debiera aplicarse por analogía la regla del artículo 403* cuando la partición hereditaria se realiza en contra de la oposición formal de los acreedores personales de los coherederos.

⁸² Incluso se extiende la aplicación del precepto a los supuestos del art. 1.082 CC. Por ejemplo, Díez-Picazo y Gullón (en el texto que acabamos de citar) se refieren también a los acreedores hereditarios. En este sentido describe la doctrina relativa al art. 1.082 CC VAZQUEZ IRUZUBIETA (*Doctrina y Jurisprudencia del Código civil*, 4ª ed., Edersa,

ausencia de obstáculo alguno para la aplicación analógica, se añade la estrecha relación que existe entre ambas normas (Miquel⁸³, Bonet Ramón⁸⁴, Bonet Correa⁸⁵, Vallet⁸⁶, Manresa⁸⁷), en cuanto a su origen⁸⁸ y en cuanto a la materia que regulan⁸⁹; así como la consideración

Madrid, 1992, art. 1.082, págs. 1424-1425): *"Si pese a esta prohibición la partición se lleva a efecto, puede ser impugnada por los acreedores de conformidad a la analógica interpretación del art. 403 Cc, solución idéntica si ni siquiera se les notifica que la partición se va a llevarse a cabo"*. La relación entre estos dos preceptos (arts. 403 y 1.082 CC) también se apunta, por ejemplo, en las obras de M. BOFARULL (*Código civil español anotado y concordado con la anterior legislación y jurisprudencia española y los códigos extranjeros*, 3ª ed., Madrid, 1889, art. 1.082, pág. 322) y de BONET CORREA (*Código civil concordado y con jurisprudencia*, Cívitas, 1993, art. 403, pág. 403).

⁸³ J.Mª MIQUEL GONZALEZ; *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, V-2ª, Edersa, art. 403, pág. 507.

⁸⁴ F. BONET RAMON (*Código civil*, Madrid, 1962, pág. 800) explica que la doctrina refiere el art. 1.083 CC a los acreedores *particulares de los coherederos, autorizados para concurrir a la partición, concordantemente con lo establecido en el art. 403, para evitar que aquella se haga en fraude o perjuicio de sus derechos*.

⁸⁵ También J. BONET CORREA (*Código civil concordado y con jurisprudencia*, Cívitas, Madrid, 1993, art. 403, pág. 403) indica la concordancia del art. 403 con el 1.083, entre otros.

⁸⁶ VALLET (*Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, XIV-2º, Edersa, Madrid, 1989, págs. 658-659) comenta que el art. 1.083 ha sido cotejado con el art. 403 CC.

⁸⁷ MANRESA (*Comentarios al Código civil español*, VII, Madrid, 1900, pág. 714), al comentar el art. 1.083 dice que *guarda este artículo relación íntima con el 403*.

⁸⁸ El origen del art. 403, como el del art. 1.083 CC se remonta al art. 882 del *Code*. Así, M. BOFARULL (*Código civil español anotado y concordado con la anterior legislación y jurisprudencia española y los códigos extranjeros*, 3ª ed., Madrid, 1889, págs. 128 y 323); M. FALCON (*Código civil español*, III, Madrid, 1889, pág. 396).

Sin embargo, mientras que el art. 1.083 CC tiene un precedente próximo en el Proyecto de 1851 (art. 913), no ocurre así con el art. 403 CC. El Proyecto de 1851 no se ocupó de regular la materia relativa a la comunidad de bienes. En este sentido, el Código civil era innovador. Así, M. GIL DOMINGUEZ (*El Código civil*, I, Madrid, 1888, pág. 138) explicaba que aunque la base 10 de la ley de 11 de mayo indicaba que se mantendría el principio de copropiedad con arreglo a los fundamentos del Derecho patrio, nuestras leyes eran muy deficientes en la materia; no había reglas precisas para determinar los derechos que corresponden a cada condueño sobre la cosa poseída en común, y las reglas que en defecto de la ley ha dado la jurisprudencia, añadía, *resultan también muy defectuosas*. Por esta razón opina que el título dedicado a regular la comunidad de bienes en el Código civil resulta una innovación que es plausible porque llena un vacío grande en nuestro Derecho. También M. FALCON (*Código civil español*, II, Madrid, 1889, pág. 80) indica que los

de que las normas de la comunidad de bienes son el marco jurídico general de toda situación de comunidad, con el consiguiente carácter supletorio respecto de los distintos regímenes específicos (En distinta medida, Díez-Picazo⁹⁰, Beltrán de Heredia⁹¹, Puig Brutau⁹², García Valdecasas⁹³)⁹⁴.

artículos del Código que tratan de la comunidad de bienes, carecen de precedentes en nuestro derecho patrio antiguo y moderno.

⁸⁹ Se trata en todo caso de proteger a los acreedores particulares ante la extinción de situaciones de cotitularidad y de titularidad colectiva, a fin de evitar el fraude.

⁹⁰ DIEZ-PICAZO (*Fundamentos...*, III, 4ª ed., Cívitas, 1995, pág. 904) opina que *la comunidad hereditaria, en nuestro Derecho, no puede ser considerada como una comunidad en mano común y está organizada siguiendo las reglas de una comunidad normal de tipo romano*. Es decir, la comunidad hereditaria está organizada siguiendo las reglas de la comunidad de bienes, que se considera en nuestro ordenamiento como comunidad de tipo romano.

⁹¹ En el mismo sentido se pronuncia BELTRAN DE HEREDIA (*La comunidad de bienes en Derecho español*, Madrid, 1954, pág. 101), que -además- afirmó que *esta comunidad se encontrará también sometida a la especialidad que preside la materia, pero no puede haber duda alguna de que se trata de una comunidad de bienes, por cuotas partes, sometida a las normas de los artículos 392 y siguientes del Código civil*.

⁹² También PUIG BRUTAU (*Fundamentos...*, III-2º, 3ª ed., Bosch, págs. 6 y 17) manifiesta su opinión favorable a considerar la comunidad hereditaria como una comunidad de corte romano.

⁹³ GARCIA VALDECASAS (*La comunidad hereditaria*, R.G.L.J., 1952, págs. 395-426, pág. 413), aunque parte de una concepción germanista de la comunidad hereditaria, no descarta la aplicación de las reglas de la comunidad de bienes. Antes bien al contrario, considera que *cuando no existan disposiciones legales específicas para la comunidad hereditaria deberán aplicarse, en cuanto no sean incompatibles con la naturaleza del patrimonio colectivo, los preceptos del Código civil sobre la comunidad de bienes*.

⁹⁴ La doctrina no ha visto inconveniente en admitir que las normas de la comunidad de bienes son un régimen supletorio para la comunidad hereditaria -y por tanto para toda situación de comunidad (en sentido general) por las normas de remisión (arts. 1.708 y 1.410 CC)-; o, al menos, admite que la comunidad hereditaria se organiza según el modelo romano, como la comunidad de bienes.

De otro lado, hay que señalar también la remisión en materia de división a las normas de la partición de herencia. En esta materia, es éste el régimen supletorio respecto del de la comunidad de bienes (art. 406 CC). Como vimos, se excluyen de la remisión los artículos dedicados a las deudas hereditarias (arts. 1.082-1.087 CC). Esta común remisión a las normas de la partición de herencia (arts. 406, 1.410 y 1.708 CC), respalda en cierto sentido las posibilidades de aplicación analógica de las normas. La remisión se debe -como señala

III.2. La impugnación de los actos particionales

Hemos visto cuál es el régimen que puede seguirse del art. 403 CC en orden a la impugnación de los actos de división de la cosa común por los acreedores de los coparticipes. Hemos visto también que este régimen puede aplicarse por analogía a los supuestos en que es aplicable el art. 1.083 CC. Es decir, aplicamos el régimen del art. 403 CC a la impugnación de la partición de herencia por los acreedores de los herederos; a la disolución de la sociedad civil con personalidad jurídica (por remisión del art. 1.708 CC al art. 1.083 CC)⁹⁵ o sin ella (porque a las sociedades internas se les aplica el régimen de la comunidad de bienes -y por tanto el art. 403 CC- por remisión del art. 1.669-II CC)⁹⁶; y a la disolución de la sociedad de gananciales (por remisión del art. 1.410 CC al art. 1.083 CC). Esto puede concretarse en las siguientes reglas:

1ª Los acreedores cuentan en su favor con una presunción *iuris tantum* de fraude

CAPILLA RONCERO (*Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, XXI-1º, Edersa, 1986, pág. 699)- a razones de economía legislativa.

⁹⁵ Citamos, en este sentido, un texto de CAPILLA RONCERO (*Comentarios...*, XXI-1º, Edersa, 1986, pág. 702): "los acreedores particulares de los socios, protegidos por la vía del artículo 1.699 en relación con el 1.700, cuentan con la aplicación del artículo 1.083 y, acaso, del 403, en la medida en que se entiende aplicable también a los acreedores de los herederos". También CAPILLA, en su monografía sobre *La sociedad civil* (R.C.E. Bolonia, 1984), remitiéndose al artículo 1.083 CC e indicando que quizá deba completarse con el 403 CC, explica que los acreedores particulares de los socios (...) podrán intervenir en las operaciones de liquidación y división del caudal social, como medida precautoria; podrán oponerse a que se lleve a cabo sin su concurso, y, finalmente, podrán impugnar la división cuando medie fraude o se haya practicado a pesar de la oposición oportunamente formulada (pág. 361).

En sentido contrario parece pronunciarse MARTIN LAZARO (*Sociedad y comunidad*, R.D.P., 26, 1942, págs. 690-698, pág. 695), con cuya opinión discrepamos, cuando niega que los acreedores de los socios tengan en la liquidación y división del haber social una facultad semejante a la de los acreedores particulares de los comuneros para concurrir a la división de la cosa común y oponerse a que se verifique sin su concurso. No obstante hay que advertir que no parece que el autor se esté refiriendo en concreto a la sociedad civil sino a la mercantil porque hace referencia al art. 174 del Código de comercio.

⁹⁶ PAZ-ARES (*Comentario del Código civil*, II, Ministerio de Justicia, 1993, art. 1.669, pág. 1373) opina que la remisión del art. 1.669 II ha de entenderse hecha sólo a las normas relativas a la configuración del derecho de cada comunero (arts. 399, 403, 405).

cuando usaron la facultad de oposición a que la partición se realizase sin su intervención y de cualquier modo se les impidió concurrir (materialmente o porque no conocieron del momento y lugar en que se realizaría el acto divisorio). En caso de impugnación, los copartícipes tendrán que probar el equilibrio de la partición si quieren evitar la revocación del acto.

2ª Los acreedores no pueden impugnar la partición por fraude si, habiendo concurrido a ella, hubiesen manifestado su acuerdo; se exceptúa de lo anterior el caso en que se pruebe que se les ocultó algún tipo de información que afecta a su interés (*consilium fraudis*).

3ª En todos los demás supuestos, los acreedores pueden impugnar la partición por fraude conforme a las reglas generales (art. 1.111 CC). Por ejemplo, la partición es revocable cuando se pruebe que el reparto, aunque equitativo, se hizo con vistas al fraude de tal modo que se adjudicaron al deudor bienes de fácil evasión y difícil embargo para burlar así a sus acreedores, y se pruebe que los partícipes estaban confabulados para esto⁹⁷.

En efecto, la doctrina admite que la partición de herencia puede ser impugnada por fraude de acreedores conforme a la genérica acción revocatoria del art. 1.111 CC (Castán⁹⁸, Moreno Quesada⁹⁹, Ruiz Serramalera¹⁰⁰, Bonet Correa¹⁰¹), como también

⁹⁷ Si participaron todos en el fraude, la revocación puede alcanzar a todo el negocio. Pero si se prueba sólo la complicidad de algunos de los partícipes puede instarse la revocación parcial del acto de manera que sólo éstos puedan verse afectados por los efectos de la acción. Esto es posible porque la acción de rescisión es precisamente una acción por la que se declara la ineficacia relativa del negocio, acción flexible por tanto en sus efectos.

⁹⁸ CASTAN (*Derecho civil español, común y foral*, VI-1º, Madrid, 1989, Reus S.A., pág. 408) recuerda que tiene lugar la rescisión de la partición por *las mismas causas por las que se rescinden las obligaciones* (art. 1.073), o sea, las del artículo 1.291.

⁹⁹ MORENO QUESADA; *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, XVII-2º, Edersa, Madrid, 1981, art. 1.291, págs. 102-103.

¹⁰⁰ R. RUIZ SERRAMALERA (*Lecciones de Derecho civil, Derecho de sucesiones* (II), Madrid, 1979, pág. 309) opina que *la rescisión (...) también parece que pueda ser utilizable como causa de ineficacia de la partición, pues aunque sólo pueda aplicarse el motivo de rescisión por fraude de acreedores (que recoge el núm. 3º del art. 1.291), y éstos queden protegidos por ciertas normas particulares que el propio Código incorpora a las de la sucesión, es posible que, aún observadas aquellas, se produzcan situaciones que sólo a través de la rescisión regulada en los arts. 1.290 y siguientes puedan ser resueltas en beneficio de los acreedores.*

se admite la jurisprudencia¹⁰². Más conflictivo es remitir el régimen de la impugnación de la división de la cosa común, en los casos del artículo 403 CC al régimen de la acción pauliana, o al menos hacer una remisión exclusiva a este modo de impugnación. Ciertamente, se observa en la doctrina una disposición favorable a admitir que este artículo se remite a la acción revocatoria (García Amigo¹⁰³, Scaevola¹⁰⁴, Bonet Correa¹⁰⁵, Beltrán de Heredia¹⁰⁶). Sin embargo, algunos de estos mismos autores han interpretado que el artículo 403 CC contiene a la vez la posibilidad de declarar nula la división cuando se procedió a

¹⁰² J. BONET CORREA (*Código civil concordado y con jurisprudencia*, Cívitas, 1993, art. 1.083, pág. 852) explica la doctrina del art. 1.083 citando la STS 13 octubre 1911, que declara que, al margen de la facultad del art. 1.083 CC, a los acreedores del coheredero siempre les queda a salvo su derecho para (...) solicitar que se adicione la partición con alguno de los bienes o valores omitidos e impugnar los demás actos que se hayan ejercitado en fraude suyo.

¹⁰³ El Tribunal Supremo tuvo ocasión de pronunciarse en este sentido en la sentencia de 17 de diciembre de 1927, con las siguientes palabras: *"Que las particiones de herencia son rescindibles por las mismas causas que las obligaciones, según el artículo 1.073 del Código civil, y, por tanto, cuando se han llevado a efecto en fraude de acreedores, conforme a los artículos 1.291, 1.297 y 1.083 del mismo Cuerpo legal"*. También el Tribunal Supremo, en un caso posterior (se trataba de la impugnación de la partición por los acreedores del coheredero deudor que había renunciado en la partición a la cuota usufructuaria) declaró que el acreedor del heredero pudo ejercitar el derecho que le concede el artículo 1.083 del Código Civil, como también -cabe añadir- el que le confieren los artículos 1.001 (por la renuncia del señor S. a la cuota usufructuaria) y 1111 del mismo texto legal (...). Se trata de la S.T.S. 13 febrero 1941 (R.A. n° 147). A estas dos sentencias se puede añadir la de 13 de octubre de 1911.

¹⁰⁴ GARCIA AMIGO; *Comentario del Código civil*, II, Ministerio de Justicia, 1993, pág. 70.

¹⁰⁵ SCAEVOLA (*Código civil*, VII, 3ª ed., Madrid, 1896, pág. 311) opina que teniendo en cuenta el objeto de la rescisión y el caso a que se refiere el legislador al hablar de fraude en el art. 403 (perjuicio del acreedor, por haberse adjudicado dolosamente al partícipe la parte peor de la cosa), creemos que el modo de impugnar en éste debe ser la rescisión, con arreglo a las disposiciones del Código civil y de la ley Hipotecaria en su caso.

¹⁰⁶ BONET CORREA (*Código civil concordado y con jurisprudencia*, Cívitas, 1993, art. 403, pág. 403) señala la concordancia del art. 403 CC con los artículos 1.111 y 1.291-3º CC.

¹⁰⁷ BELTRAN DE HEREDIA (*La comunidad de bienes en Derecho español*, Madrid, 1954, pág. 355) admite la compatibilidad e independencia de las facultades concedidas en el art. 403 CC y las de carácter general reconocidas en el Código civil.

acería sin el concurso de los acreedores que hubiesen manifestado su deseo de intervenir (Scaevola¹⁰⁷, Beltrán de Heredia¹⁰⁸). En contra de esto último, creemos que el precepto se refiere a una única acción de impugnación: la acción revocatoria por fraude. En este sentido se pronunció Manresa¹⁰⁹, que opinaba que en todo caso la acción de impugnación es la acción rescisoria deducida en juicio ordinario y dentro de los cuatro años siguientes a la fecha en que fueron aprobadas. También contamos en este sentido con la conformidad del Profesor Miquel¹¹⁰, que se refiere tan sólo a la impugnación por fraude, y hace una interpretación interesante del precepto por cuanto, lejos de tratarlo como un supuesto de nulidad, al referirse a la división que se lleva a cabo sin permitir la intervención de los acreedores que lo hubieran solicitado, estima que en ese caso hay una presunción *iuris tantum* de fraude, como ya hemos visto. Esta es la opción que nos parece más ajustada a la finalidad del precepto, que es la de tutela del interés de los acreedores frente a los actos lesivos del deudor, es decir, la finalidad propia de la acción pauliana.

Ya en el ámbito de la acción pauliana, y atendiendo al carácter propio de los actos particionales, creemos que es posible hablar de fraude en sentido objetivo cuando se rompa el equilibrio de la división o partición en perjuicio de los acreedores particulares. Al hablar de equilibrio nos referimos a la adjudicación a los comuneros o partícipes de lotes por un valor correspondiente al de su cuota. Como veremos, la necesaria proporción en el

¹⁰⁷ SCAEVOLA (Código civil, VII, 3ª ed., Madrid, 1896, pág. 311) estimó que cabía distinguir, según la causa que motive la impugnación. Si ha sido el haberse llevado a efecto la división, no obstante la oposición formulada, como se trata de un acto llevado a cabo por los partícipes, contra lo dispuesto en el artículo 403, parécenos que competirá la acción de nulidad. En el caso del fraude, consideramos la respuesta dudosa, expresándola en cumplimiento de nuestro deber, con las debidas reservas. (...) creemos que el modo de impugnar en éste debe ser la rescisión.

¹⁰⁸ BELTRAN DE HEREDIA (La comunidad de bienes en Derecho español, Madrid, 1954, pág. 358) se pronuncia en los siguientes términos: "Las acciones concedidas para llevar a cabo la impugnación son distintas. Si se trata de impugnar la división realizada a pesar de haberse formulado oposición, la división carece de validez, porque se realizó en contra de lo dispuesto en la ley; la acción oportuna será la de nulidad. En cambio, si se trata de impugnar la división realizada con fraude, creemos que la acción pertinente habrá de ser la revocatoria del art. 1.111 del C.c., cuyas reglas deberán ser observadas."

¹⁰⁹ MANRESA; Comentarios..., III, Madrid, 1893, pág. 439.

¹¹⁰ MIQUEL; Comentario del Código civil, I, Ministerio de Justicia, 1993, art. 403, pág. 1112; y en los Comentarios..., V-2º, Edersa, 1985, art. 403, págs. 506-507.

reparto por el equivalente a las cuotas correspondientes a cada uno de los partícipes es más clara en los supuestos de partición de herencia que en los de división de la cosa común. Esta es por definición la finalidad de la partición. Así, entre las operaciones de partición, después del inventario y avalúo, y finalizada la liquidación, puede procederse a la división. Estas operaciones de división consisten en *la formación de los correspondientes lotes* y la posterior *adjudicación a los coherederos en pago de su derecho hereditario*. Para el cálculo del *activo neto o caudal repartible* habrá que tener en cuenta si existen bienes colacionables. Después, se repartirá entre los coherederos de manera que *cada uno reciba el lote que corresponde a su participación*, con lo que se extingue la comunidad hereditaria (Puig Brutau¹¹¹; también Espín¹¹² y Castán¹¹³).

El art. 1.061 CC no es, sin embargo, argumento propio para la impugnación de la partición por fraude cuando se alegue el desequilibrio de la partición porque la regla que contiene no se refiere a la igualdad de cuotas sino a *la distribución proporcional de bienes entre las cuotas, ya que éstas pueden ser desiguales*. Se trata además de un precepto que sin duda es facultativo y no imperativo (Puig Brutau¹¹⁴).

Para la sociedad civil, no sería exacto hablar de que la partición debe ser proporcional a las cuotas de participación de los socios, según vamos a ver. En la disolución de la sociedad civil (externa), la liquidación tiene como fin *desafectar el patrimonio social para que pueda volver a su origen, que es reunirse o confundirse con el patrimonio personal de los socios* (Paz-Ares¹¹⁵). No obstante, en cuanto a *la determinación de la parte de cada*

¹¹¹ PUIG BRUTAU; *Fundamentos de Derecho civil*, V-3º, Bosch, 1983, pág. 523.

¹¹² ESPIN (*Manual de Derecho civil español*, V, 5ª ed., Edersa, 1978, pág. 136) explica que *la comunidad hereditaria producida por la pluralidad de herederos cesa por la atribución a cada uno de ellos de bienes singulares o porciones indivisas de bienes concretos en la cuantía correspondiente a su propia cuota hereditaria. Dicha atribución recibe tradicionalmente el nombre de partición o división hereditaria y requiere para llevarse a efecto diversas operaciones previas que tienden a determinar exactamente el caudal partible*.

¹¹³ Por la partición de herencia, cesa la comunidad hereditaria, *transformando las cuotas indivisas y abstractas de cada uno de los coherederos en partes concretas y materiales* (CASTAN, J.; *Derecho civil español, común y foral*, VI-1º, Madrid, 1989, Reus S.A., pág. 322).

¹¹⁴ PUIG BRUTAU; *Fundamentos de Derecho civil*, V-3º, Bosch, 1983, pág. 524, siguiendo a Lacruz y Sancho.

¹¹⁵ PAZ-ARES, C.; *Comentario del Código civil*, II, Ministerio de Justicia, 1993, art. 1.708, pág. 1516.

socio en el patrimonio remanente (...) habrá de estarse a los pactos sociales (cabe por ejemplo, que se establezca que el patrimonio remanente se distribuirá por partes iguales, o en relación a la cuota de participación en las ganancias, etc.). A falta de pactos sociales, no puede aplicarse la regla sucesoria simple de distribuir según la parte alícuota considerando por tal la fijada para la participación en los resultados, sino que hay que distinguir - sigue explicando Paz-Ares¹¹⁶ - dos aspectos en las operaciones divisorias: la devolución del capital y la distribución del resultado. El capital se distribuirá de acuerdo con el valor de capital de las aportaciones realizadas (si un socio aportó diez millones en metálico o un inmueble por valor de diez millones habrá de recibir diez millones, en metálico o in natura). En cuanto a la distribución del resultado, tendrá lugar de acuerdo con las reglas contractuales o legales (arts. 1.689 y 1.687 CC). De todos modos, esto no altera la idea de la posibilidad de objetivación del fraude, porque si bien no se realiza la partición de modo simple conforme a las cuotas¹¹⁷, sí deberá hacerse la partición atendiendo al resultado de los cálculos que procedan según lo acordado. Es decir, cada socio tiene derecho al fin a que se le adjudique un lote de bienes por un valor determinado. Si el deudor insolvente acepta un valor inferior al que le corresponde, sus acreedores pueden impugnar la partición por fraude.

En cuanto a la división de la cosa común, podría discutirse que deba hacerse necesariamente de modo proporcional a las cuotas de los comuneros cuando se hace de común acuerdo (división convencional). En efecto, si bien el art. 402 CC indica -en su segundo párrafo- que cuando la división la efectúen *árbitros o amigables componedores, deberán formar partes proporcionadas al derecho de cada uno*, se trata de una norma general relativa al modo de hacerse la división (Scaevola¹¹⁸, Manresa¹¹⁹, Miquel¹²⁰), que tiene

¹¹⁶ Págs. 1522-1523.

¹¹⁷ Las cuotas pueden estar presentes en el reparto del capital.

¹¹⁸ SCAEVOLA; *Código civil*; VII, 3ª ed., Madrid, 1896, pág. 313.

¹¹⁹ MANRESA; *Comentarios al Código civil español*, III, Madrid, 1893, pág. 437.

¹²⁰ J.Mª MIQUEL (*Comentario del Código civil*, I, Ministerio de Justicia, 1993, art. 402, pág. 1109) explica que el contrato de división se caracteriza por la valoración que hay que hacer de los bienes y porque el valor de los que cada uno recibe está en la misma proporción con el valor de los bienes que reciben los demás por sus respectivos derechos.

carácter dispositivo para los comuneros, de modo que los interesados pueden acordar unánimemente otra cosa. En este sentido, Albaladejo señala que cuando la división la realicen los propios interesados, *éstos pueden practicarla como les plazca*¹²¹. Sin embargo, creemos que a pesar de su validez entre las partes, la división puede ser impugnada cuando existan derechos de terceros que puedan verse afectados. La división en que faltó el equilibrio al que venimos haciendo referencia supuso para alguno de los copartícipes un acto implícito de renuncia a exigir aquello a lo que tenía derecho. Esto es válido salvo en lo que afecte a terceros (art. 6.2 CC). En esas operaciones de división, los acreedores de los partícipes no son interesados en el sentido del art. 402, *aunque sí en el sentido de afectarles* a los efectos del art. 403 CC (Miquel¹²²). Por tanto, quizás pueda afirmarse -como hace Albaladejo- que los partícipes pueden hacer la división *como les plazca*, pero no que puedan hacerlo en perjuicio de sus acreedores. El acto es válido pero los acreedores tendrán la vía revocatoria para defender sus derechos de crédito en caso de lesión.

Además del artículo 402 CC, encontramos otros argumentos favorables al reparto proporcional a las cuotas. Por ejemplo, el art. 450 CC sirve como argumento para sostener el carácter declarativo y no traslativo de los actos divisorios en el Derecho español, al considerar la posesión de la cosa adjudicada como continuación de la posesión indivisa, lo que se ha explicado por Castán como uno de los efectos de la división¹²³. El mismo autor define como uno de los efectos principales de la división el de *convertir la cuota ideal y abstracta de cada partícipe en una porción determinada y material sobre la cosa o derecho*. También puede alegarse que el art. 393-II CC define las cuotas como *las porciones correspondientes a los partícipes en la comunidad*, cuando presume la igualdad de estas porciones mientras no se pruebe lo contrario. Por último, la remisión del art. 406 CC a las normas de la partición de herencia nos lleva a la misma conclusión.

Prueba de que lo propio de los actos de división y partición es adjudicar a cada partícipe un lote de bienes de valor proporcional al de su cuota es el hecho de que a efectos

¹²¹ ALBALADEJO; *Derecho civil*, III-1º, LB, 1989, 6ª ed., pág. 395.

¹²² MIQUEL; *Comentario del Código civil*, I, Ministerio de Justicia, 1993, art. 402, pág. 1109.

¹²³ CASTAN; *Derecho civil español, común y foral*, II-1º, 13ª ed., Reus S.A., 1987, pág. 527.

fiscales se considere que el acto de división es irrelevante desde el punto de vista patrimonial. Así se interpreta el art. 44.4 a), b) y c), de la ley 18/1991 de 6 de junio sobre el I.R.P.F.: *"la nueva ley sigue considerando que no existe alteración en la composición de patrimonio en los supuestos de especificación de derechos: división de la cosa común, disolución de la sociedad de gananciales, extinción del régimen económico matrimonial de participación y disolución de comunidades de bienes o separación de comuneros"* (Simón Acosta¹²⁴).

En definitiva, atendiendo al carácter propio de los actos particionales -que consiste en adjudicar un lote de bienes de valor equivalente al de su cuota a cada comunero, heredero, socio o cónyuge (según los casos)- es posible hablar de fraude en sentido objetivo cuando se rompa ese equilibrio en perjuicio de los acreedores¹²⁵, por cuanto el consentimiento prestado en ese acto particional lleva implícito un acto de renuncia que no es admisible en perjuicio de terceros (art. 6.2 CC; o, si no fuera consciente del desequilibrio, estaríamos ante un supuesto de error que daría lugar a la correspondiente acción de anulabilidad en la que pueden subrogarse los acreedores, art. 1.111 en relación con el art. 1.301 CC). Evitamos así la difícil prueba del *consilium fraudis* de todos los copartícipes (o de algunos de ellos en caso de revocación parcial)¹²⁶.

¹²⁴ E. SIMON ACOSTA; *Los incrementos y disminuciones de patrimonio gravados en el IRPF: concepto y ámbito*, Revista española de Derecho Financiero, n° 75, julio-sept./92, Civitas, pág. 534.

¹²⁵ En Francia, se ha estimado inaplicable el art. 882 *Code*, del que proceden nuestros arts. 1.083 y 403 CC, en el caso de que la partición ocultase una donación pura y simple. En ese caso, el negocio simulado es nulo y el disimulado (la donación) se impugnaría por fraude en las mismas condiciones que los actos a título gratuito (notas al *Code civil*, Litec, París, 1994, art. 882, pág. 471). No es éste el mismo caso que estamos estudiando, si bien es próximo. En él se ve la gratuidad que puede suponer en un acto de partición el que uno de los partícipes reciba menos de lo que le corresponde con beneficio para el otro u otros. En los casos que estudiamos no habría simulación sino una partición válidamente celebrada (salvo que se pruebe la falsedad de la causa), pero la lesión que puede producir el desequilibrio en la partición beneficia también a un tercero (cuya porción se ve incrementada con lo que le falta al copartícipe) que no está obligado por contraprestación alguna, lo que deja visos de una cierta gratuidad.

¹²⁶ Escribía BELTRAN DE HEREDIA (*La comunidad de bienes en Derecho español*, Madrid, 1954, pág. 358), en consonancia con la noción subjetiva del fraude, única que se concebía en la época: *"el fraude tendrá que ser demostrado como existente con relación a todos los copartícipes; si sólo lo realizaron algunos de ellos, no podrá utilizarse más que una acción de resarcimiento del daño, o, a lo más, una revocación parcial de la división, en el caso de que sea posible"*.

Para reforzar la idea de la posibilidad de objetivación del fraude en la impugnación de los actos particionales, vamos a ver en concreto el supuesto de la disolución de la sociedad de gananciales por cambio de régimen económico matrimonial. Las reglas de la impugnación de la partición serían en este caso las mismas que acabamos de describir. Pero su tratamiento separado obedece a dos razones: En primer lugar, porque debido a que la impugnación de las capitulaciones matrimoniales es la materia que -en relación al fraude de acreedores- ha llevado más casos ante el Tribunal Supremo en los últimos años, la doctrina ha sido prolífera en el estudio del tema, lo que ha dado lugar a pronunciamientos en torno al particular que nos interesa: la objetivación del fraude en los supuestos de partición.

Además, nos interesa el supuesto para aclarar algunas cuestiones que pueden plantearse en torno a la impugnación pauliana de los actos particionales a raíz de la lectura del art. 1.317 CC.

IV. LA DISOLUCION DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES Y EL FRAUDE DE ACREEDORES

Entre los diversos modelos de régimen económico-matrimonial por los que pueden optar los cónyuges, ha sido frecuente en nuestro tiempo el de la sociedad de gananciales. *Mediante la sociedad de gananciales -se dice en el art. 1.344 CC- se hacen comunes para el marido y la mujer las ganancias o beneficios obtenidos indistintamente por cualquiera de ellos, que le serán atribuidos por mitad al disolverse aquélla.*

Como es sabido, la comunidad de bienes a que da lugar la sociedad de gananciales tiene su propio régimen jurídico¹²⁷, que se recoge en el Capítulo IV, Título III,

¹²⁷ La sociedad de gananciales se caracteriza, a juicio de VAZQUEZ IRUZUBIETA (*Régimen económico del matrimonio, Ley 11/1981 de 13 de mayo*, Edersa, 1982, págs. 192-196) por lo siguiente: a) *Fuente legal o convencional*; b) *Especificidad en cuanto a los sujetos (cónyuges)*; c) *Inalienabilidad de la condición de miembro*; d) (...); e) *finalidad otorgada por la ley (levantamiento de las cargas del matrimonio)*; f) *Carencia de personalidad jurídica. (...) No es propio hablar de sociedad*; g) (...); h) *Proporcionalidad en el reparto*; i) *La administración es común, unipersonal o legal*; j) *Irrenunciabilidad de los derechos y obligaciones de los miembros*; k) *Inalterabilidad del régimen. (...) sus normas son preceptivas en todo aquello que constituye sustancialmente la columna vertebral del régimen.*

Libro IV del Código civil (arts. 1.344 y siguientes). En el último de estos preceptos -el art. 1.410 CC- se hace una remisión a las disposiciones relativas a *la partición y liquidación de la herencia*, para todo lo no previsto en ese Capítulo.

Ya vimos la cuestión relativa a la preferencia de los acreedores consorciales sobre los acreedores particulares de uno de los cónyuges. Nos interesa ahora determinar el régimen de tutela del interés del acreedor particular de uno de los cónyuges¹²⁸ frente a la disolución de esa comunidad que es la sociedad de gananciales¹²⁹ y que constituye un patrimonio colectivo (Peña¹³⁰, Garrido de Palma¹³¹). Por remisión del art. 1.410 CC se

¹²⁸ Hay que advertir que nos referimos a deudas personales, distintas de aquellas que, pese a haberlas contraído uno sólo de los cónyuges sin contar con el consentimiento del otro, tienen carácter consorcial (de estas últimas responde directamente el patrimonio ganancial; arts. 1.365-1.369 CC).

De las deudas personales (no consorciales) o deudas privativas de uno de los cónyuges responden también los bienes gananciales, pero no de forma directa sino subsidiariamente (art. 1.369 CC) y con el límite, si así lo quiere el cónyuge no deudor, de la mitad correspondiente al cónyuge deudor en la disolución de la sociedad de gananciales (art. 1.373 CC, en relación con el art. 1.344 CC). En este sentido, por ejemplo, explica la responsabilidad de los bienes gananciales respecto de las deudas privativas PEÑA BERNALDO DE QUIROS (*Derecho de familia*, U.C. Madrid, 1989, págs. 252-253).

Cuando comenta el art. 1.373 CC, TORRALBA SORIANO (*Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, II, Tecnos, 1984, pág. 1746) concluye que *los acreedores por deudas particulares tienen la facultad de embargar bienes gananciales indiscriminadamente, pero de las referidas deudas no responde más que el patrimonio de su deudor integrado por los bienes privativos y la participación en los gananciales*. A juicio de este autor, *que el acreedor pueda dirigirse contra los bienes gananciales no quiere decir que los mismos respondan globalmente de las deudas particulares, sino simplemente que en principio el acreedor puede embargar indiscriminadamente bienes gananciales, puesto que la parte de su deudor en tal masa patrimonial es por el momento desconocida* (págs. 1.745-1.746).

¹²⁹ Por ejemplo, ALBALADEJO (*Curso de Derecho civil*, IV, 2ª ed., LB, 1984, págs. 134-135) señala que, en el régimen de la sociedad de gananciales, *la idea central es establecer una comunidad de ganancias. Es, pues, un sistema de comunidad parcial. Sistema en el que, junto a los bienes propios (...) de cada cónyuge, hay una masa de los dos (común a ambos) compuesta por las ganancias que los casados obtengan después de su unión y por los rendimientos que proporcionen, no sólo los bienes comunes, sino también los propios de cada uno*.

¹³⁰ La sociedad de gananciales se configura como un patrimonio colectivo del que son titulares los cónyuges. PEÑA BERNALDO DE QUIROS (*Derecho de familia*, U.C. Madrid, 1989, pág. 213) explica la naturaleza de la sociedad de gananciales diciendo que *se trata de*

aplicarán las mismas medidas de protección previstas para los casos de partición y liquidación de herencia. Por consiguiente podemos afirmar que los acreedores personales de uno de los cónyuges *podrán intervenir a su costa* en las operaciones de división y liquidación para evitar que éstas se hagan en fraude o perjuicio de sus derechos (art. 1.083 CC, por remisión de los arts. 1.402 y 1.410 CC). En este sentido se han pronunciado Díez-Picazo y Ponce de León¹³², Garrido de Palma¹³³, Peña¹³⁴, Cabanillas¹³⁵, y Guilarte¹³⁶. De otro lado,

un régimen económico-matrimonial que se caracteriza por la creación de un patrimonio separado colectivo. Expone también otras tesis explicativas (págs. 213-218).

¹³¹ GARRIDO DE PALMA (*Derecho de la familia*, Trivium, 1993, págs. 54-55) también define como patrimonio colectivo la sociedad de gananciales, si bien niega que sea propiamente un patrimonio separado: *"El conjunto de elementos que componen la comunidad constituyen un patrimonio: los mismos están ordenados con vistas a un fin, el sostenimiento de la familia, y tienen por ello una responsabilidad prefijada, la de las deudas y cargas comunes, las familiares. Patrimonio no propiamente separado pero sí colectivo (...). Patrimonio, pues, de fin; patrimonio colectivo, de corte comunitario en su composición objetiva, y societario por su fin de obtener ganancias, conquistas, que se atribuirán por mitad a los cónyuges al disolverse la comunidad ganancial, y en la que los poderes de gestión y disposición se han otorgado parigualmente (...)"*.

¹³² L. DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEON; *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, Tecnos, II, 1984, art. 1.402, pág. 1798.

¹³³ GARRIDO DE PALMA (*Derecho de la familia*, Trivium, 1993, pág. 31) opina que estos preceptos (1.410 y 1083 CC) *se complementan con lo que dispone el artículo 403 en relación con el 406 en materia de división de cosa común*.

¹³⁴ También PEÑA BERNALDO DE QUIROS (*Derecho de familia*, U.C. Madrid, 1989, pág. 296) dice que los acreedores particulares de uno de los cónyuges tienen la facultad de *intervenir en la partición de los gananciales para evitar que ésta se haga en fraude o perjuicio de sus derechos* (cf. arts. 1083 y 1410). Como el anterior, este autor pone en relación los artículos citados con el art. 403 CC, lo que le lleva a afirmar que de esta facultad deriva una *acción especial para impugnar la partición, sin necesidad de acreditar fraude o perjuicio, cuando resulte que la partición se verificó "no obstante la oposición formalmente interpuesta para impedirla" y "salvo siempre los derechos del deudor para sostener su validez"* (págs. 298-299).

¹³⁵ Sin aludir al art. 403 CC, pero sí al art. 1.083 CC, CABANILLAS SANCHEZ (*La mutabilidad del régimen económico matrimonial*, A.D.C., 1994-II, págs. 115-235, pág. 176) se pronuncia, así mismo, en sentido de admitir la facultad de los acreedores de cualquiera de los cónyuges para intervenir en la liquidación de la sociedad conyugal.

una vez disuelta la sociedad de gananciales, los acreedores particulares de los cónyuges¹³⁷ pueden impugnar las operaciones que hayan dado lugar a un reparto de los bienes lesivo para sus intereses (art. 1.111 CC)¹³⁸.

Ahora bien, la disolución de la sociedad de gananciales puede deberse a causas de muy diversa índole¹³⁹, entre las que se cuentan la voluntad de los cónyuges que puede plasmarse en unas capitulaciones matrimoniales. Y es constatable que la inmensa mayoría de litigios resueltos en casación relativos al fraude de acreedores en los últimos años (en concreto, desde la modificación del Código civil¹⁴⁰ por la que se admitió la mutabilidad del régimen económico matrimonial)¹⁴¹ trae su causa de unas capitulaciones matrimoniales por

¹³⁶ GUILARTE GUTIERREZ (*Gestión y responsabilidad de los bienes gananciales*, Lex Nova, 1991, pág. 559) entiende que la referencia del artículo 1.402 se refiere a los arts. 1.082 y 1.083 CC.

¹³⁷ Acreedores, claro está, que lo fueren con anterioridad a la disolución de la sociedad.

¹³⁸ En este sentido se pronuncia L. DIEZ-PICAZO (*Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, II, Tecnos, 1984, art. 1.402, pág. 1798) cuando niega que los derechos de los acreedores reconocidos en el art. 1.402 CC constituyan un *conjunto limitado*. (...) los acreedores dispondrán en todo caso de las genéricas acciones subrogatoria y pauliana que les otorga el art. 1.111. Es interesante la alusión que hace el autor al art. 1.001 CC, cuya aplicación sería cuestionable si se diera el caso de renuncia a los bienes gananciales en perjuicio de acreedores. A su juicio, a pesar de que la redacción anterior del CC aludía a este precepto, esta renuncia no es repudiación y no puede aplicarse el art. 1.001. Podrá darse la acción pauliana en el caso de que se produzca con fraude.

PEÑA BERNALDO DE QUIROS (*Derecho de familia*, U.C. Madrid, 1989, pág. 297) dice que los acreedores privativos gozan de la acción revocatoria de la partición de la sociedad de gananciales realizada en fraude de acreedores, y cita los arts. 1.111, 1.291-3º, 1.410 CC, y jurisprudencia del Tribunal Supremo (Ss. 13 octubre 1911, 11 febrero 1959, 30 enero 1986, 8 julio 1988), así como algunas resoluciones.

¹³⁹ PEÑA BERNALDO DE QUIROS (*Derecho de familia*, U.C. Madrid, 1989, págs. 279-280) explica que las causas de disolución son las comprendidas en los artículos 1.392, 1.393 y 1.373. Unas son de pleno derecho (art. 1.392 CC; por ejemplo, en caso de disolución del matrimonio; por convenio de los cónyuges,...); otras operan por decisión judicial o a petición de alguno de los cónyuges (art. 1.393 y, con peculiaridades, art. 1.373 CC).

¹⁴⁰ Ley 14/1975 de 2 de mayo.

¹⁴¹ La protección de los acreedores es también el problema que, en el ámbito de la normativa sobre el régimen económico matrimonial, ha generado el mayor número de sentencias del TS en los últimos años, según A. CABANILLAS SANCHEZ (*La mutabilidad del régimen económico matrimonial*, A.D.C., 1994-II, págs. 115-235, pág. 168). En

las que los cónyuges acordaron la disolución de la sociedad de gananciales para adoptar un régimen económico distinto, de tal modo que se atribuyen al cónyuge no deudor los bienes muebles o de fácil identificación y al cónyuge obligado, por el contrario, aquellos bienes que pueden evadirse con facilidad del alcance de los acreedores. De este modo, las deudas pueden verse burladas¹⁴².

Ya el legislador, muy consciente de que radica ahí el problema de la mutabilidad del régimen económico matrimonial, había previsto junto a lo anterior una norma que evitara ese efecto defraudatorio. Se trata del artículo 1.317 CC. En él se declara que *la modificación del régimen económico matrimonial realizada durante el matrimonio no perjudicará en ningún caso los derechos ya adquiridos por terceros*¹⁴³. Podemos

concreto, dice el autor, aquellos supuestos en que por capitulaciones matrimoniales se acuerda la disolución de la sociedad de gananciales y la adopción del régimen de separación de bienes, *adjudicándose los bienes más valiosos y de más sencilla identificación al cónyuge que no intervino en el negocio que dio lugar al surgimiento de la deuda*. Así, por ejemplo, la S.T.S. 7 noviembre 1992 (comentada por A. CABANILLAS SANCHEZ en C.C.J.C., 30, nº 802).

¹⁴² Son abundantes los trabajos en que se estudia la doctrina del Tribunal Supremo dictada al respecto. Por ejemplo, los realizados por GUILARTE GUTIERREZ (*Impugnación de capitulaciones matrimoniales en fraude de acreedores*, Tecnos, 1991; y, criticando en particular la S.T.S. 6 diciembre 1989, *Fraude de acreedores consorciales. Exigibilidad del crédito y oponibilidad de las capitulaciones*, en Actualidad civil, 18, 1991-2, págs. 223-238); BLASCO GASCO (*Modificación del régimen económico matrimonial y perjuicio de terceros: la norma del artículo 1.317 CC*, A.D.C., 1993-II, págs. 599-641); CABANILLAS SANCHEZ (*La mutabilidad del régimen económico matrimonial*, A.D.C., 1994-II, págs. 115-235); y BELLO JANEIRO (*Los acreedores y la modificación del régimen económico matrimonial*, Revista Jurídica del Notariado, julio-septiembre 1993, págs. 33-67).

En este caso, no es uniforme la doctrina del Tribunal Supremo, sino variada y oscilante. GUILARTE GUTIERREZ (*Gestión y responsabilidad de los bienes gananciales*, Lex Nova, 1991, págs. 576-577) estima que en materia de impugnación de capitulaciones matrimoniales *el estudioso no puede observar sino con cierta perplejidad las constantes vacilaciones de una jurisprudencia absolutamente vinculada a la contingencia del caso a resolver y en la que, a pesar de su continua frecuencia, difícilmente puede encontrarse una línea de actuación coherente y uniforme, más o menos consolidada y que satisfaga las exigencias del artículo 1.6*. Esta observación es confirmada también por A. CABANILLAS SANCHEZ (Comentario a la S.T.S. 7 noviembre 1992, en C.C.J.C., 30, nº 802, pág. 1033).

¹⁴³ El texto del art. 1.317 CC (redactado conforme a la reforma del Código civil por la Ley 11/81 de 13 de mayo) es idéntico al del tercer párrafo del anterior art. 1.322 CC (redactado a su vez conforme a la reforma de 2 de mayo de 1975, y -este último- sin precedentes legislativos). De aquél art. 1.322-3 CC decía J.L. DE LOS MOZOS

preguntarnos si en caso de disolución de la comunidad de gananciales por modificación del régimen económico matrimonial, tendría aplicación el art. 1.317 CC al supuesto que estamos contemplando (protección del acreedor particular de uno de los cónyuges ante la partición del patrimonio ganancial). Si esto fuera así, se cerraría el acceso a la acción pauliana¹⁴⁴ cuando la sociedad de gananciales fuera disuelta para reemplazarse por un nuevo régimen económico matrimonial y, en ese caso, estarían de más los criterios de objetivación del fraude que hemos detallado para los actos particionales en general.

Después de analizar el precepto llegamos a la conclusión de que no tiene aplicación al supuesto que nos interesa. Esto por una razón: El artículo 1.317 CC está pensado para proteger el interés de los acreedores consorciales, no el de los acreedores particulares de uno de los socios. Cuando habla de *derechos ya adquiridos por terceros* se refiere a los derechos sobre el patrimonio ganancial descritos en el art. 1.401 CC (deudas

(Comentarios al Código civil y Compilaciones forales, XVIII-1 , Edersa, 1978, pág. 83) que había sido intencionadamente a nadido por la reforma, como contrapunto de la admisión de la modificación del régimen económico después de celebrado el matrimonio.

En el mismo sentido, GARRIDO DE PALMA (*Derecho de la familia*, Trivium, 1993, pág. 31).

¹⁴⁴ El art. 1.317 CC hace desestimable la pretensión de ejercicio de la acción pauliana en aquellos supuestos en que es aplicable, dado el carácter subsidiario de esta acción (art. 1.294 CC). Aunque la jurisprudencia del Tribunal Supremo es oscilante al respecto, se han pronunciado en este sentido GUILARTE GUTIERREZ (*Impugnación de capitulaciones matrimoniales en fraude de acreedores*, Tecnos, Colección Jurisprudencia Práctica, 20, 1991, págs. 19-23; y en *Gestión y responsabilidad de los bienes gananciales*, Lex Nova, 1991, pág. 582); PASCUAU LIAÑO (*Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de noviembre de 1988*, en C.C.J.C., 18, n  481, pág. 1025) y CABANILLAS SANCHEZ (*La mutabilidad del régimen económico matrimonial*, A.D.C., 1994-II, págs. 115-235, págs. 173-176, señala como modelo de doctrina en este sentido la dictada en S.T.S. 7 noviembre 1992). También CABANILLAS SANCHEZ, al comentar la S.T.S. 7 noviembre 1992 (C.C.J.C., 30, n  802, pág. 1035) afirma que los arts. 1.317, 1.401 y 1402 CC facilitan un recurso legal que permite a los acreedores evitar el perjuicio y por tanto excluye el ejercicio de la acción rescisoria, cuya *subsidiariedad ha de ser entendida básicamente como ausencia de otras acciones o remedios legales*. Esta misma idea la expresaba ya CABANILLAS SANCHEZ en comentarios a anteriores sentencias del Tribunal Supremo (así, en los siguientes: comentario a la S.T.S. 13 junio 1986, C.C.J.C., 11, n  298; a la S.T.S. 17 noviembre 1987, C.C.J.C., 15, n  399, pág. 5167; a la S.T.S. 25 enero 1989, 19, n  496, pág. 124; entre otros).

En S.T.S. 22 diciembre 1989 se vuelve a declarar que el artículo 1.317 del Código civil veda el perjuicio a los acreedores resultante de la modificación del régimen económico matrimonial.

consorciales). La idea de la inaplicabilidad del art. 1.317 CC a las deudas privativas se ha abierto paso en la doctrina (Guilarte¹⁴⁵, Bello Janeiro¹⁴⁶, Cabanillas¹⁴⁷, Blasco

¹⁴⁵ Abiertamente lo expresa V. GUILARTE GUTIERREZ (*Impugnación de capitulaciones matrimoniales en fraude de acreedores*, Tecnos, Colección Jurisprudencia Práctica, 20, 1991, pág. 11) cuando advierte: "Ahora bien, hay que tener muy presente, pues a menudo se olvida, que estos preceptos (se refiere a los arts. 1.317, 1.401 y 1.402 CC) sólo juegan cuando estemos en presencia de obligaciones consorciales" (también, en la misma obra, en pág. 19). El mismo autor, en otra de sus obras (*Gestión y responsabilidad de los bienes gananciales*, Lex Nova, 1991, pág. 562) detalla que el complemento fundamental del art. 1.317 CC es el art. 1.401 CC.

¹⁴⁶ Con claridad ha defendido la inaplicabilidad del art. 1.317 CC a las deudas privativas BELLO JANEIRO (*Los acreedores y la modificación del régimen económico matrimonial*, Revista Jurídica del Notariado, julio-septiembre 1993, págs. 33-67). Como resultado de su estudio jurisprudencial, el autor concluye que los acreedores (...) que no consigan demostrar el carácter ganancial de su débito (...) han de esperar -y respetar- el proceso liquidador de un patrimonio con respecto al cual resultan en principio ajenos (el patrimonio ganancial), si bien, más amplia es la protección que el legislador confiere al acreedor consorcial (...) por consecuencia de la aplicación combinada de los arts. 1.317 y 1.401 C.c. (pág. 66). Asegura que no tendrá éxito la pretensión de impugnar las capitulaciones matrimoniales (por las que se acuerda la disolución de la sociedad de gananciales) por fraude de acreedores cuando se trate de un débito consorcial, debido al carácter subsidiario de la acción revocatoria (arts. 1.291-3º y 1.294 CC) ya que el cauce adecuado para la tutela de esos derechos es el art. 1.317 CC (págs. 51-53). Por el contrario, no prosperará la pretensión de aplicación del art. 1.317 CC para tutelar el interés del acreedor privativo de uno de los cónyuges, no tanto porque dicho precepto no sea aplicable a los débitos privativos, sino por la ausencia de beneficio de la invocación del mismo (pág. 53). La razón que lo justifica no es otra sino que el acreedor privativo, como acertadamente ha venido manifestando la DGRN -dice- no tenía un derecho adquirido a embargar bienes gananciales concretos, sino sólo los bienes privativos del cónyuge deudor y, subsidiariamente, los gananciales, a salvo la parte que en el patrimonio ganancial tenía interesado el esposo no deudor si éste así lo solicitaba al amparo del artículo 1.373, que ya no resulta aplicable tras la disolución de la sociedad (pág. 53). Coincidimos con la opinión de este autor, no obstante discrepamos en lo siguiente: sostiene que para que proceda la impugnación pauliana es preciso que se haya rechazado el carácter ganancial del crédito debido al carácter subsidiario de esta acción (pág. 58). No nos parece que sea así ya que la subsidiariedad de la revocatoria se refiere a que no exista otro recurso legal para obtener la reparación del perjuicio (art. 1.294 CC), y si el acreedor es consciente del carácter privativo de la deuda no se le puede negar la vía de la acción pauliana por el hecho de que no se haya intentado la declaración del carácter consorcial de la deuda.

¹⁴⁷ También CABANILLAS SANCHEZ (*La mutabilidad del régimen económico matrimonial*, A.D.C., 1994-II, págs. 115-235, especialmente págs. 168-186) se ha pronunciado con firmeza en este sentido. Para resolver la cuestión del régimen de protección de los acreedores ante los cambios de régimen económico matrimonial, parte de la necesidad de distinguir, en el marco de la sociedad de gananciales, (...) el carácter del débito, que

Gasco¹⁴⁸, Pascuau Liaño¹⁴⁹).

Para constatarlo de modo fehaciente vamos a detenernos brevemente en el contenido y aplicación del art. 1.317 CC. A continuación veremos cómo se resuelven por la vía general de la acción revocatoria los supuestos de fraude del acreedor particular de uno de los cónyuges.

IV.1. El artículo 1.317 CC

1.1. El artículo 1.317 y las deudas consorciales

Siguiendo con lo anterior hay que decir que, en efecto, la inoponibilidad¹⁵⁰

puede ser consorcial (deuda de la sociedad de gananciales) o privativo (pág. 170). En el primer caso (deuda consorcial), si la disolución de la sociedad se lleva a cabo mediante capitulaciones matrimoniales, es de aplicación el art. 1.317 CC, que cierra el acceso a la acción pauliana dado el carácter subsidiario de esta última (págs. 172-177). Pero si la deuda es privativa, *el planteamiento y la solución del problema examinado se alteran notablemente*, dice (pág. 183), de manera que ya no es aplicable el art. 1.317 CC (pág. 184) y debe acudir al remedio subsidiario de la acción rescisoria (pág. 185).

¹⁴⁸ Indirectamente, BLASCO GASCO (*Modificación del Régimen Económico Matrimonial y perjuicio de terceros: la norma del artículo 1.317 CC*, A.D.C., 1993-II, págs. 599-641, págs. 636-637) pone de manifiesto esta misma idea. A raíz de una explicación sobre la relación entre los arts. 1.317 CC y 144 RH, hace referencia a la íntima conexión entre los arts. 1.317 y 1.401 CC, de manera que afirma que la norma del art. 1.317 CC *significa, en relación con el art. 1.401 C.c. que los bienes soportan, tras la modificación del régimen económico, la misma responsabilidad que durante el régimen económico modificado y frente a los acreedores con derechos ya adquiridos cuando se produjo la modificación. (...)*. Por tanto, el art. 1.317 C.c. (así como el art. 1.401 C.c.) *mantiene la responsabilidad de los bienes, no su titularidad ganancial*.

¹⁴⁹ PASCUAU LIAÑO; *Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de noviembre de 1988*, en C.C.J.C., 1988, 18, n° 481, pág. 1030.

¹⁵⁰ Como señala CABANILLAS SANCHEZ (*Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de enero de 1986*, C.C.J.C., 1986, 10, n° 271, pág. 3402), *basta demostrar el perjuicio que al acreedor produce dicha insolvencia para que no le sean oponibles al acreedor en virtud de lo dispuesto en el artículo 1.317*. Hablar de inoponibilidad de las capitulaciones matrimoniales en los supuestos en que es aplicable el art. 1.317 CC no supone que se excuse de una previa declaración judicial de la responsabilidad de esos bienes por la deuda consorcial, según explica GUILARTE GUTIERREZ (*Impugnación de capitulaciones*

prescrita en el 1.317 CC sólo está justificada cuando se trata de deudas de la masa ganancial¹⁵¹. Es razonable que se haya previsto una medida como la del art. 1.317 CC ante la posibilidad de que el patrimonio que responde directamente de las deudas consorciales se

matrimoniales en fraude de acreedores, Tecnos, Colección Jurisprudencia Práctica, 20, 1991, pág. 23). La declaración judicial es necesaria porque -señala el autor- *si bien en pura teoría (Sentencias de 20 de marzo de 1989 y 10 de septiembre de 1987) la responsabilidad de los bienes consorciales persiste ex legem, es evidente que, a través del expediente liquidatorio y ulterior adjudicación del activo consorcial a uno de los cónyuges, los bienes comunes pasan a ser sustantiva y registralmente privativos con la incuestionable alteración del régimen de responsabilidad de los mismos exigente de la destrucción de esa nueva configuración dominical*. (También insiste en esta idea el mismo autor en *Gestión y responsabilidad de los bienes gananciales*, Lex Nova, 1991, pág. 586).

Pudiera parecer que esta solución nos conduce a la identificación de los regímenes de la inoponibilidad y la revocatoria (impugnación pauliana). Sin embargo, hay que advertir que se trata tan sólo de dos regímenes próximos. Uno y otro se diferencian en lo referente a la persona del deudor y a la eficacia del acto jurídico celebrado por el deudor. En el caso de inoponibilidad de las capitulaciones matrimoniales, ha desaparecido el patrimonio garante de la deuda, pero siguen siendo responsables del cumplimiento de la obligación los que fueran sus titulares; si bien esta responsabilidad puede quedar limitada a los bienes del patrimonio separado que han pasado ahora a su patrimonio personal (si se formuló inventario y se trata del cónyuge no deudor; art. 1.401 CC). Por haber sido cotitular del patrimonio responsable, el cónyuge no deudor no es un sujeto ajeno a la deuda calificada como común, sino sujeto obligado y titular de unos bienes afectos al pago de la misma (arts. 1.317, 1.401 y 1.402 CC; GUILARTE GUTIERREZ, en *Gestión y responsabilidad de los bienes gananciales*, Lex Nova, 1991, pág. 555, dice que esta *afección de los bienes anteriormente gananciales es debida al necesario cumplimiento de las obligaciones que externamente fueron calificadas como comunes*). No se requiere la insolvencia del deudor sino que -por el contrario- se trata de un obligado que es solvente. No supone tampoco la impugnación de las capitulaciones matrimoniales, que siguen siendo válidas y eficaces (pero no oponibles).

Por el contrario, el ejercicio de la acción revocatoria requiere la insolvencia del deudor y la impugnación de un acto jurídico determinado que dió lugar a la transmisión del bien perseguido del patrimonio del deudor al patrimonio de un tercero ajeno a la deuda. Como resultado del ejercicio de la acción se declara la ineficacia parcial o total (en la medida necesaria para evitar el daño) del acto jurídico impugnado.

F. BONET CORREA (*Código civil concordado y con jurisprudencia*, Cívitas, 1993, art. 1.317, pág. 1.049) cita la STS 27 octubre 1989, en que se dice que *el efecto no es anular las capitulaciones sino declararlas ineficaces frente a la vía de apremio seguida por los trabajadores (...)*.

¹⁵¹ En efecto, respecto de las deudas consorciales la doctrina se pronuncia unánimemente por la inoponibilidad. Entiende que el art. 1.317 del C.C. ha de ser puesto en relación con el art. 1.401 del C.C. (SEOANE PRADO, J.; *Cuestiones procesales que plantea la defensa de terceros y acreedores en situaciones de cambio convencional del régimen económico matrimonial. Medidas cautelares*, en "Régimen económico matrimonial y la protección de acreedores", C.G.P.J., Cuadernos de Derecho Judicial, VI, 1995, pág. 359).

disuelva por la voluntad de los cónyuges que optan por un régimen económico distinto para su matrimonio¹⁵². La deuda de la que respondía directamente el patrimonio ganancial (deuda consorcial que constituía un derecho adquirido sobre ese patrimonio que garantizaba su cumplimiento, art. 1.911 CC) sigue pesando ahora sobre el patrimonio de cada uno de los cónyuges. La desaparición del patrimonio responsable no supone en este caso cambio de la persona del deudor ni desafección de los bienes al pago de la deuda. Todo lo contrario, los bienes siguen afectos al pago. Con la norma del art. 1.317 CC se garantiza el cumplimiento de la finalidad perseguida en los arts. 1.401 y 1.402 CC: que los bienes gananciales respondan del cumplimiento de las deudas del consorcio aun después de haberse disuelto la

¹⁵² Comenta L. DIEZ-PICAZO (*Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, II, Tecnos, 1984, art. 1.317, pág. 1.499) que el perjuicio de los derechos a que se refiere el art. 1.317 CC *debe referirse a su existencia -mejor: subsistencia- y a la incolumidad de su contenido. No parece, en cambio, que se refiera a la probabilidad de satisfacción.*

BLASCO GASCO (*Modificación del régimen económico matrimonial y perjuicio de terceros: la norma del artículo 1.317 CC*, A.D.C., 1993-II, págs. 599-641, pág. 610) define el perjuicio que trata de evitarse con el art. 1.317 CC, como *la pretendida alteración del régimen de responsabilidad patrimonial que deben soportar las diferentes masas de bienes. Y, por derecho adquirido, entiende que el art. 1.317 CC se refiere -siguiendo a Díez-Picazo y Guillón- al poder de agresión que tienen los acreedores para satisfacerse por la vía forzosa sobre unos bienes, según el régimen imperante cuando nacieron sus créditos* (pág. 613).

GARRIDO DE PALMA (*Derecho de la familia*, Trivium, 1993, pág. 32) se aproxima a la idea que tratamos de sostener. A su juicio, *el acreedor debe seguir contando con la misma garantía que existía al adquirir su derecho* (art. 1.911, responsabilidad patrimonial sobre los bienes presentes). *Por lo que, si en el supuesto prácticamente más frecuente, se sustituye el régimen de gananciales por el de separación de bienes, el acreedor puede seguir considerando, a los efectos del cumplimiento de la obligación, la misma base patrimonial que existía al adquirir su derecho de crédito, con independencia de las capitulaciones modificadoras o sustitutivas del régimen patrimonial.*

PEÑA BERNALDO DE QUIROS (*Derecho de familia*, U.C. Madrid, 1989, págs. 179-180), al tratar del consorcio conyugal, señala entre las normas que garantizan la incolumidad de los derechos de terceros *no obstante el cambio de régimen económico-matrimonial*, el art. 1.317 CC. Y explica lo siguiente: *"Las modificaciones del régimen económico-matrimonial plantean cuestiones sobre su alcance, en relación con los derechos de terceros acreedores, que no plantean los contratos en general, pues tales modificaciones conmueven el régimen de las esferas de responsabilidad. No perjudicar en ningún caso los derechos ya adquiridos significa no sólo que persiste idéntico el derecho de crédito sino que conserva igualmente su fuerza contra las correspondientes masas de responsabilidad. (...) Por efecto de la modificación del régimen económico-matrimonial, las facultades del acreedor pueden aumentar, pero no disminuir."*

sociedad¹⁵³. Junto a la liquidación del patrimonio ganancial (arts. 1.396, 1.399 CC), el legislador ha dispuesto este mecanismo de la inoponibilidad para proteger a los acreedores del patrimonio disuelto.

1.2. El artículo 1.317 CC es irrelevante si la deuda es privativa

A diferencia de los acreedores consorciales, los acreedores particulares no tienen derechos adquiridos -en el sentido del art. 1.401 CC- sobre el patrimonio ganancial que se vean afectados por el cambio de régimen, ya que siguen pesando sobre el patrimonio privativo de su deudor, en el que de algún modo se cuenta su participación en los gananciales (art. 1.373 CC)¹⁵⁴. En este sentido se ha pronunciado nuestra doctrina (Peña¹⁵⁵,

¹⁵³ L. DIEZ-PICAZO (*Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, II, Tecnos, 1984, art. 1.401, pág. 1796) comenta que *lo que quiere decir el art. 1.401 CC es que la división del haber social no produce modificación en la relación jurídica obligatoria del acreedor con el deudor. No hay división de las deudas entre los partícipes. (...)*. El precepto indica de modo explícito, sigue diciendo el autor, que *además de la responsabilidad del cónyuge que sea deudor según la relación obligatoria hay una responsabilidad real de todos los bienes que antes de la disolución formaban la sociedad de gananciales y que esta responsabilidad real no desaparece por el hecho de que tales bienes hayan sido adjudicados al cónyuge no deudor* (págs. 1796-1797).

¹⁵⁴ Como decíamos antes, del cumplimiento de las deudas particulares responde el patrimonio personal del cónyuge deudor y, subsidiariamente, el patrimonio ganancial (art. 1.369 CC). Ahora bien, la responsabilidad subsidiaria del patrimonio ganancial puede modularse a voluntad del cónyuge no deudor, de manera que depende de esta voluntad que responda el patrimonio ganancial con todos sus bienes, o tan sólo la mitad de los bienes gananciales. Todo ello según lo dispuesto en el artículo 1.373 CC.

No tienen los acreedores particulares un *derecho ya adquirido* sobre el patrimonio ganancial. Constante sociedad de gananciales, pueden instar el embargo de los bienes del consorcio, con las peculiaridades del art. 1.373 CC. Pero una vez que se ha disuelto la sociedad, sólo están facultados para embargar los bienes que han sido adjudicados a su deudor (así, GARRIDO DE PALMA; *Derecho de la familia*, Trivium, 1993, pág. 33). No así respecto de las deudas consorciales, de las que sigue respondiendo el cónyuge no deudor *con los bienes que le hayan sido adjudicados, si se hubiere formulado debidamente inventario judicial o extrajudicial* (art. 1.401 CC), o con todos sus bienes si no se hubiera realizado inventario (art. 1.401 CC, *a contrario*; en este sentido, siguiendo a Díez-Picazo, se expresa VAZQUEZ IRUZUBIETA, *Doctrina y jurisprudencia del Código civil*, 4ª ed., Edersa, 1992, art. 1.401, pág. 2156).

Ragel¹⁵⁶, Guilarte¹⁵⁷). Estos créditos no se ven afectados del mismo modo que los consorciales por ese cambio de régimen económico (no desaparece el patrimonio deudor) y no les es aplicable, por tanto, el art. 1.317 CC¹⁵⁸. Así lo confirman, entre otros,

¹⁵⁵ Con claridad expresa esta idea PEÑA BERNALDO DE QUIROS (*Derecho de familia*, U.C. Madrid, 1989, pág. 295) cuando explica la posición de los acreedores privativos de cada cónyuge ante la disolución de la sociedad de gananciales: *"Producida la disolución de la sociedad de gananciales, cesa, para los acreedores privativos de un cónyuge, la posibilidad general de embargar bienes gananciales concretos, los cuales están ahora sujetos a la liquidación, y, (...) los acreedores privativos de cada cónyuge no pueden invocar que haya de quedar a salvo, como derecho adquirido, la facultad que antes de la disolución tenían para pedir el embargo de bienes gananciales concretos."*

¹⁵⁶ L.F. RAGEL (*El acreedor frente a la disolución de la sociedad de gananciales*, Centenario del Código civil, Ceura, II, 1990, págs. 1657-1684, pág. 1678-1680) opina también que cuando se trata de créditos de carácter privativo cambia tanto el planteamiento como la solución del problema. En este caso, el acreedor *no puede alegar la inoponibilidad de la disolución del régimen de gananciales, en base a los artículos 1.317 y 1.333 del Cc, porque la modificación efectuada no le perjudica: si bien es cierto que con anterioridad al momento de la disolución podía ejecutar subsidiariamente sobre los bienes gananciales, es más cierto que el cónyuge no deudor podía también solicitar la limitación del embargo a la mitad del valor de los bienes comunes o, en otro caso, pedir la disolución del régimen de gananciales* (pág. 1679; respalda esta opinión -como indica el autor- la doctrina constante de la D.G.R.N.).

¹⁵⁷ Siguiendo al anterior, se pronuncia en idéntico sentido GUILARTE GUTIERREZ (*Gestión y responsabilidad de los bienes gananciales*, Lex Nova, 1991, pág. 604).

¹⁵⁸ Las capitulaciones matrimoniales son oponibles a terceros desde el momento de su publicación en el Registro correspondiente. Antes de la publicación, no son oponibles a aquellos terceros que sin culpa ignoren la nueva situación. Ello -explica ALBALADEJO (*Curso de Derecho civil*, IV, 2ª ed., L.B., 1984, págs. 141-142) por aplicación de las reglas generales de protección a los terceros (ver, en particular en arts. de la materia, argumento artículo 1.335 y espíritu art. 1.317). Por esta razón, y en el sentido que apuntábamos de inaplicabilidad del art. 1.317 CC en caso de acreedores particulares, dice GARRIDO DE PALMA (*Derecho de la familia*, Trivium, 1993, pág. 33) que *el momento relevante para el ejercicio de la facultad conferida al acreedor por el artículo 1.373 CC para pedir el embargo de bienes gananciales es el del cambio de régimen económico-matrimonial (...) y (...) no cabe invocar el artículo 1.317 CC, cuando los acreedores (del marido) proceden contra un bien concreto, si de los libros registrales resulta que la sociedad está disuelta y el bien fue adjudicado a la mujer, ya que entonces lo único que les queda a los acreedores del marido es la impugnación, si procede, de la partición.*

Cabanillas¹⁵⁹ y Peña¹⁶⁰. Los acreedores particulares que se vean perjudicados pueden impugnar la partición por fraude de acreedores, en ejercicio de la acción pauliana¹⁶¹.

¹⁵⁹ Cuando CABANILLAS SANCHEZ (*La mutabilidad del régimen económico matrimonial*, A.D.C., 1994-II, págs. 115-235, págs. 184-185) niega la aplicabilidad del art. 1.317 CC si la deuda es privativa, lo hace con los argumentos siguientes: "Esta solución está respaldada por la doctrina constante de la DGRN, que, en resoluciones de 16 de febrero, 29 de mayo, 18 de septiembre, 28 de octubre, 6 y 12 de noviembre de 1987, 5 de enero de 1988 y 29 de mayo de 1989, afirma que si el artículo 1.373 prevé que el acreedor privativo puede pedir el embargo de bienes gananciales concretos, no cabe, para conseguir, una vez disuelta la sociedad de gananciales, el embargo directo de un bien ganancial concreto, invocar el principio según el cual la modificación del régimen económico matrimonial realizada durante el matrimonio no perjudicará en ningún caso los derechos ya adquiridos por terceros (artículo 1.317 CC), pues los acreedores privativos del marido no tienen el derecho adquirido a embargar bienes gananciales concretos, ya que del mismo artículo 1.373 CC se desprende que el embargo haya de recaer sobre bienes gananciales o sobre la parte que al cónyuge deudor corresponda en el conjunto de los bienes gananciales es algo que depende de la voluntad del cónyuge del deudor, y que, de existir la disolución de la sociedad de gananciales, el embargo sólo es posible sobre la parte que ostente el cónyuge deudor en la sociedad de gananciales".

¹⁶⁰ En sentido de que el art. 1.317 CC se aplica a las deudas consorciales (también si fueron contraídas por uno sólo de los cónyuges pero tuvieran este carácter conforme a lo dispuesto en el Código civil), pero no a las privativas de uno de los cónyuges parece pronunciarse PEÑA BERNALDO DE QUIROS (*Derecho de familia*, U.C. Madrid, 1989, pág. 180, nota a pie nº 51) cuando comenta algunas sentencias del Tribunal Supremo: "El T.S. ha estimado que el art. 1317 no impide sino que apoya la rescisión de unas capitulaciones (de disolución de la sociedad de gananciales y adjudicación de los inmuebles a la mujer) otorgadas para defraudar a los acreedores del marido (S. 30 enero 1986). En otras ocasiones, el T.S. se ha apoyado precisamente en el art. 1317 para negar la acción rescisoria (que sólo cabe cuando se carece de todo otro remedio) porque la modificación del régimen económico matrimonial (como la que produce la disolución y subsiguiente liquidación de la sociedad de gananciales) no perjudican los derechos ya adquiridos por terceros: así en Ss. 14 octubre y 13 noviembre 1987, y su doctrina es exacta (dado lo dispuesto en el art. 1.402) si las deudas, que en los casos juzgados fueron contraídas por el marido (vigente, ya, la L. 13 mayo 1981), fueran deudas de la sociedad de gananciales.

¹⁶¹ Cuando el acreedor no ostente un crédito del que deban responder los bienes gananciales, el parecer de la doctrina es unánime al rechazar la solución de la inoponibilidad. (...). Ante la inviabilidad de las soluciones propuestas para las deudas consorciales la doctrina no ofrece otra solución al acreedor privativo que la impugnación de las adjudicaciones que le perjudiquen cuando concurren los requisitos que permitan tal impugnación (SEOANE PRADO, J.; *Cuestiones procesales que plantea la defensa de terceros y acreedores en situaciones de cambio convencional del régimen económico matrimonial*. Medidas cautelares, en "Régimen económico matrimonial y la protección de acreedores", C.G.P.J., Cuadernos de Derecho Judicial, VI, 1995, pág. 362).

IV.2. La impugnación de la disolución de la sociedad de gananciales

Cuando, como consecuencia de la disolución de la sociedad de gananciales, los acreedores particulares de uno de los cónyuges vean perjudicados sus intereses, puede ser por alguno de estos dos motivos: 1º O bien porque al cónyuge deudor le fueron adjudicados bienes por valor inferior a la mitad del patrimonio ganancial liquidado; 2º O bien porque los cónyuges previeron un reparto de bienes con vistas al fraude (por atribuir al cónyuge deudor bienes difícilmente embargables, logrando así burlar al acreedor).

En el primer caso, podrán impugnar las capitulaciones matrimoniales por fraude de acreedores sin necesidad de probar la intención de defraudar o *consilium fraudis*, sino tan sólo el hecho de que tales capitulaciones matrimoniales son en sí mismas lesivas de su derecho de crédito, es decir, objetivamente fraudulentas (art. 1.335, en relación con el art. 1.111, y tomando un concepto objetivado del fraude que se extrae del ordenamiento, arts. 643 y 1.297-I CC, 37-4º LH,...). La partición es fraudulenta, como viene reconociendo la doctrina, cuando se adjudicó al cónyuge insolvente menos de lo que le correspondía (art. 1.344 CC), es decir, menos de la mitad del valor del remanente del patrimonio ganancial. En tales circunstancias, el consentimiento prestado por el cónyuge que acepta menos de lo que podía exigir conforme al art. 1.344 CC supone por su parte un acto implícito de renuncia a parte de lo que le correspondía, renuncia que si bien es válida, no puede perjudicar a los acreedores (art. 6.2 CC). También podría ocurrir que el consentimiento hubiera sido prestado con error, caso en el que el negocio sería anulable (art. 1.301 CC) y podrían los acreedores subrogarse en lugar de su deudor insolvente para impugnarlo (art. 1.111 CC). Como dijimos, el reconocimiento doctrinal de la posibilidad de objetivar el fraude en este caso (Ragel¹⁶², Cabanillas¹⁶³, Ocaña¹⁶⁴) refuerza notablemente la posibilidad de una objetivación del

¹⁶² En este sentido se ha pronunciado RAGEL (*El acreedor frente a la disolución de la sociedad de gananciales*, en el Centenario del Código civil, Ceura, 1990, págs. 1657-1684, pág. 1680): "Descartada la posibilidad de alegar la inoponibilidad, hemos de reconocer el derecho que tiene el acreedor privativo de un cónyuge de impugnar la adjudicación incorrectamente realizada, cuando la parte adjudicada al deudor resulta de valor inferior a la mitad del remanente líquido, acudiendo al remedio subsidiario de la acción rescisoria.

¹⁶³ También opina como el anterior, CABANILLAS SANCHEZ (*La mutabilidad del régimen económico matrimonial*, A.D.C., 1994-II, págs. 115-235, pág. 185) cuando, en los términos siguientes, asegura que el acreedor privativo de un cónyuge no queda desprotegido

fraude en la impugnación de los actos particionales en general.

En el segundo caso de lesión que indicábamos (cuando los cónyuges previeron un reparto equitativo pero con vistas al fraude, de modo que se atribuyen al cónyuge deudor bienes difícilmente embargables para burlar el derecho de los acreedores), la impugnación requiere prueba del *consilium fraudis*, porque el acto no es en sí mismo fraudulento, sino que forma parte de una trama urdida por el deudor y su cónyuge para defraudar. Trama que, si se alega, debe probarse (el reparto de bienes gananciales se efectúa por mitad, y el fraude no culmina por las capitulaciones matrimoniales sino por el destino que se da después a los bienes adjudicados, poniéndolos fuera del alcance del deudor). Se aplican las reglas generales de impugnación por fraude (art. 1.335 CC, en relación con los arts. 1.111 y 1.291-3º CC)¹⁶², teniendo en cuenta que se está alegando fraude en sentido subjetivo y, por tanto, debe probarse tanto el *consilium fraudis* como la lesión.

Por lo demás, el acreedor particular cuenta también con las otras posibilidades que ofrece el art. 1.083 CC y la aplicación analógica del art. 403 CC, que ya vimos (por ejemplo, la presunción *iuris tantum* de fraude cuando proceda,...). En ocasiones se advierte la posibilidad de acudir a la vía subrogatoria (art. 1.111 CC), por ejemplo para reclamar en

ante la disolución de la sociedad de gananciales: "Hay que reconocer el derecho que tiene a impugnar la adjudicación incorrectamente realizada, cuando la parte adjudicada al deudor resulte de valor inferior a la mitad del remanente líquido, acudiendo al remedio subsidiario de la acción rescisoria, y no pudiera satisfacer íntegramente su crédito con los bienes adjudicados al deudor".

¹⁶⁴ La misma óptica de objetivación del fraude aparece en el trabajo de OCAÑA RODRIGUEZ (*Deudas y sociedad de gananciales*, Colex, 1994, pág. 128). Al tratar los problemas del embargo de un bien que ha sido ganancial y que ahora pertenece al cónyuge no deudor, dice: "Denegada la anotación de facto de modo definitivo, siempre puede el acreedor cuya deuda no está calificada, si es consorcial, ejercitar una acción contra ambos esposos para sacar adelante con plena efectividad su embargo ex 1317 del C.c. Si es privativo, puede pedir en caso de "fraude objetivo", la rescisión de los actos de atribución perjudiciales, pedir el embargo de la cuota (el cual recaerá en definitiva sobre el remanente) y hacer que se promueva una correcta liquidación de los bienes gananciales".

¹⁶⁵ GUILARTE GUTIERREZ (*Impugnación de capitulaciones matrimoniales en fraude de acreedores*, Tecnos, Colección Jurisprudencia Práctica, 20, 1991, págs. 11-12) entiende que el art. 1335 CC es una norma de remisión que, en orden a la invalidez de las capitulaciones, nos envía a las reglas generales de los contratos amparando con ello la proyección sobre la materia de los artículos 1.111 y 1.291.3, que contienen la acción revocatoria o pauliana.

ugar del deudor las cantidades que su cónyuge le debiera¹⁶⁶.

V. CONCLUSIONES

Los actos particionales se dirigen a hacer un reparto equitativo, proporcional a la parte correspondiente a cada uno de los partícipes (comuneros, socios, cónyuges o herederos), de manera que el valor de los bienes adjudicados a cada uno sea equivalente al valor que le corresponde sobre el total. Pero el principio del reparto equitativo no es imperativo, de modo que en ocasiones podría acordarse un reparto no proporcionado al valor de las cuotas (por ejemplo, la división por los comuneros de la cosa común, o la disolución de la sociedad de gananciales por capitulaciones matrimoniales).

La lesión del derecho de crédito del acreedor particular de uno de los comuneros, socios, cónyuges o herederos, puede producirse por distintas causas: 1º o bien porque se haya adjudicado a su deudor bienes de difícil embargo y fácil evasión (aunque en una medida proporcional a lo que le correspondía conforme a su cuota o derecho); 2º o bien porque se le adjudicaron bienes cuyo valor es inferior al que le correspondía. En todo caso, la partición es válida entre las partes, pero podrán los acreedores impugnarla si logran probar que es fraudulenta. La prueba de la fraudulencia del acto particional requerirá distintos elementos en uno y otro caso.

En el primer caso, la división o partición es equilibrada, por lo que el acreedor que resulte perjudicado deberá probar que existió un ánimo de defraudar al hacer ese reparto. Si quiere impugnar el acto tiene que alegar el fraude subjetivo, tiene que probar que todos los que participaron (o al menos algunos de ellos en caso de revocación parcial) actuaron con ánimo de colaborar en el fraude (quizás el Juez estime suficiente la prueba de que todos ellos

¹⁶⁶ Señala en este sentido RAGEL (*El acreedor frente a la disolución de la sociedad de gananciales*, en el Centenario del Código civil, II, Ceura, 1990, págs. 1657-1684, pág. 1680) dos ejemplos: uno de ellos, cuando el cónyuge se adjudicó bienes por valor superior a la mitad del remanente, el otro, cuando el deudor pagó más deudas consorciales que las que le fueran imputables. Estamos de acuerdo con el autor, pero en el primer caso quisiéramos matizar que el que se pueda ejercitar la acción subrogatoria supone que la diferencia de valor de los bienes adjudicados a uno y otro se advirtió con posterioridad a los actos particionales. De haberse advertido antes y, pese a ello, consentido, la acción adecuada es la impugnatoria o revocatoria por fraude.

eran conscientes del ánimo fraudulento del deudor, que pretendía poner sus bienes fuera del alcance de sus acreedores).

En el segundo caso, sin embargo, el acreedor perjudicado no tiene más que probar que la división o partición es desproporcionada, y que la falta de equilibrio entre el valor de los bienes adjudicados y el que correspondía conforme a las cuotas o derechos le ha causado un perjuicio; ha lesionado su derecho de crédito porque ha supuesto una merma del patrimonio de su deudor. En este caso el acto es en sí mismo fraudulento, con independencia de cuál fuera la intención del deudor y de los demás partícipes. La impugnación está justificada porque el consentimiento prestado por el deudor en ese acto llevaba implícita una renuncia a exigir todo lo que le correspondía, acto que si bien es válido no puede admitirse en perjuicio de terceros, en este caso del acreedor (art. 6.2 CC). Si el consentimiento hubiera sido prestado por error puede instarse la anulación del acto (art. 1.301 CC), y los acreedores podrán subrogarse en lugar de su deudor insolvente para el ejercicio de la acción si éste fuera el único medio del que disponen para el cobro de sus créditos (art. 1.111 CC).

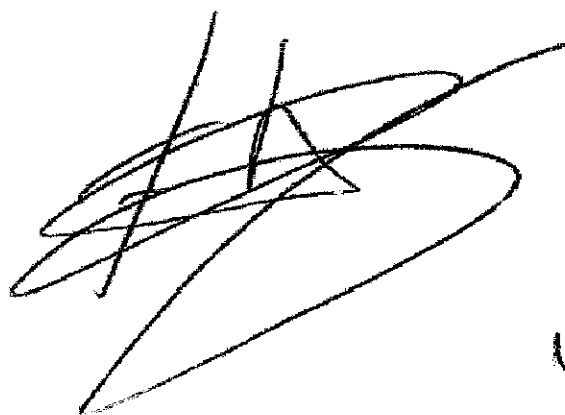
Probar la desproporción o falta de equilibrio de la partición requiere disponer de la información necesaria sobre las cuotas de cada uno de los partícipes; el valor y número de los bienes objeto del reparto; las deudas reales de la masa a liquidar; etc... En lo que se refiere a bienes inmuebles, puede ser más asequible disponer de esta información (por la publicidad registral, por ejemplo, cuando se trata de la división de la cosa común), pero no así en otros casos (por ejemplo, en relación con los bienes muebles, mejoras, etc...). Para facilitar a los acreedores el acceso a estos datos que afectan a su interés, el legislador les ha otorgado la facultad de oponerse a que la partición se lleve a cabo sin su intervención (art. 1.983 CC) o la división sin su concurso (art. 403 CC).

Si hacen uso de la facultad, tienen voz pero no voto en los actos particionales (inventario, avalúo o tasación, liquidación, formación de lotes y adjudicación), con el consiguiente acceso a la información que les interesa para evitar el fraude. En tales circunstancias, puede ocurrir que aprueben la partición así realizada, que se opongan a ella, o que se reserven su opinión. En el primer caso, si la aprobaron, se les priva de la posibilidad de impugnar después la partición, salvo que se pruebe el *consilium fraudis* de todos los copartícipes (por ejemplo, les ocultaron información que afectaba a su interés). Si no hubo mala fe pero el reparto se hizo desigual conforme a una información errónea, cabe

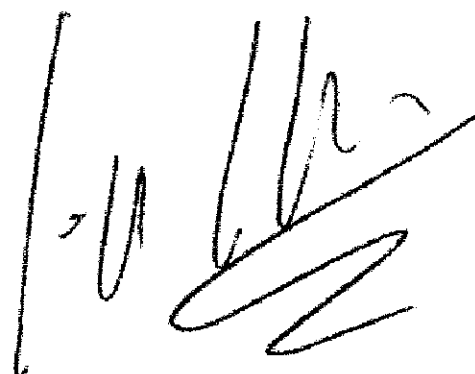
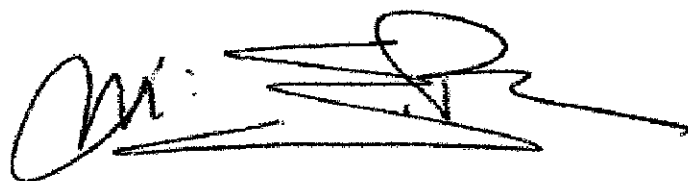
también alegar el error (acción de anulabilidad). En el segundo caso, como en el tercero, los acreedores pueden impugnar la partición (art. 1.111 CC) y cuentan para ello con la información necesaria para probar el fraude (es decir, el desequilibrio entre el valor de lo adjudicado y el de lo debido).

Ahora bien, si hacen uso de la facultad de oponerse a que la división se realice sin su concurso y, sin embargo, se les impide de cualquier modo concurrir (materialmente o porque no se les comuniquen el lugar y momento de la partición), los acreedores cuentan a su favor con una presunción *iuris tantum* de fraude, de manera que serán los copartícipes quienes deban probar el equilibrio de la partición si quieren evitar la revocación del acto. Todo ello conforme al art. 403 CC, cuyo régimen se aplica también a la sociedad civil sin personalidad jurídica (sociedades internas, art. 1.669-II CC) y por analogía a los supuestos en que es de aplicación el art. 1.083 CC (y, por remisión, arts. 1.410 CC y 1.708 CC). Es el régimen aplicable, por tanto, en los siguientes casos: división de la cosa común; partición de herencia; disolución de sociedad civil (tenga o no personalidad jurídica); y disolución de sociedad de gananciales. En cualquier otro supuesto (por ejemplo, se hizo uso de la facultad y luego no se concurrió por negligencia del acreedor) se siguen las reglas generales de la impugnación por fraude (art. 1.111 CC).

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES CIENTÍFICAS Y TECNOLÓGICAS
DEPARTAMENTO DE INVESTIGACIONES CIENTÍFICAS Y TECNOLÓGICAS
DOCTORAL DE LA UNIVERSIDAD DE ALFARO LOM. LAUDABLE
PER UNO DE LOS
MADRID 9 de julio de 1953



Murphy





LA FALTA DE EQUIVALENCIA DE LAS PRESTACIONES EN LOS CONTRATOS ONEROSOS COMO POSIBLE MANIFESTACION DEL FRAUDE

I. Introducción

II. La objetivación del fraude en los supuestos de notable falta de equivalencia de las prestaciones

II.1. Objeciones

II.2. Crítica a las objeciones

III. Algunos argumentos para una objetivación del fraude

III.1. Algunos datos de la trayectoria histórica de la doctrina de la acción pauliana

1.1. La Escuela de los Glosadores (Accursio) y la doctrina de los Comentaristas (Bártolo y Giason del Maino)

1.2. La obra de Hevia Bolaños

1.3. La Ley Hipotecaria de 1861

III.2. Algunas referencias por parte de la doctrina

2.1. La doctrina española

2.2. La doctrina extranjera

III.3. Del Derecho positivo español y del Derecho comparado (Italia, Gran Bretaña, Suiza y Francia)

III.4. Dos sentencias del Tribunal Supremo

III.5. El legislador de otras áreas

IV. Diversas cuestiones en torno al mecanismo de la objetivación

IV.1. ¿Cuáles son los efectos de la objetivación?

IV.2. ¿Y si el bajo precio que se ofreció al adquirente fué decisivo para moverle a comprar?

IV.3. ¿Y cuando el deudor enajena por el menor precio de los ofrecidos, pero precio equivalente al valor de la cosa?

IV.4. ¿Qué criterio puede proponerse como parámetro para la objetivación del fraude?

IV.5. ¿Qué criterio seguir cuando existe diferencia entre el precio declarado y el precio pactado realmente?

V. Conclusiones

I. INTRODUCCION

En su conferencia de 25 de marzo de 1992 sobre las *Enajenaciones de bienes en fraude de acreedores*¹, el Profesor Antonio-Manuel Morales Moreno pone de manifiesto que la calificación de *acto fraudulento* se refiere a dos tipos de actos cuyo tratamiento debe regirse por criterios diferentes: de un lado, a los actos *en sí mismos fraudulentos*, que merecen una regulación basada en parámetros objetivos; de otra parte, el *acto fraudulento* comprende de modo genérico todo supuesto en que el fraude no está en el acto en sí, sino en lo que a través de él persigue el deudor (por ej.: ocultar el dinero, pagar sólo a determinados acreedores en perjuicio de otros, etc.). Entre estos últimos, cuyo tratamiento se apoya en criterios subjetivos, pone el ejemplo de quien enajena a título oneroso, cuando existe equivalencia de prestaciones. Sin embargo, y aquí es donde nos detendremos ahora, entre los actos *en sí mismos fraudulentos* cita a modo de ejemplo, entre otros, *la compraventa a precio notoriamente inferior al del mercado*, hecha en estado de insolvencia (o de la que se deriva la insolvencia).

En estos casos, del mismo modo que en la donación, la lesión del derecho de crédito tiene lugar con independencia de cual sea el propósito del deudor; que incluso puede no ser consciente del daño. Por razones análogas a las que justifican que en el supuesto de la donación se haya objetivado el fraude, no parece lógico exigir que los acreedores prueben que existió *consilium fraudis* para poder revocar parcialmente al menos el acto. Quizá baste - indica el Profesor Morales Moreno, y cita a Albaladejo- *que el deudor pueda o deba conocer que el acto realizado produce ese efecto. Lo cual implica, un deber de conocer la propia*

¹ MORALES MORENO; *Enajenaciones de bienes en fraude de acreedores*, conferencia inédita pronunciada el 25 de marzo de 1992 en el seminario sobre *Problemas jurídicos de los actos en fraude de acreedores*, organizado por Management Forum España, S.A.

*situación patrimonial (al deudor debe constarle la situación jurídica en que se encuentra su patrimonio) y las consecuencias que sobre ella provoca el acto realizado. Ese deber de conocer puede imponerse a través de la buena fe (art. 1258) en el cumplimiento de las obligaciones. En cuanto al adquirente, añade: "En los casos en que el acto es en sí mismo lesivo (enajenación a bajo precio, (...)), me parece que es suficiente que al tercero le conste la situación de insolvencia en que se halla o se coloca el deudor"*².

Decía Federico de Castro que no cabe hablar de una obligación del deudor de conservar su propio patrimonio, o al menos negaba que la acción revocatoria tuviera su fundamento en ese deber o que el reconocimiento de ese deber del deudor fuera suficiente para justificar que se impusiera al tercero la devolución del bien enajenado³. Si bien esto último nos parece acertado (no es suficiente el reconocimiento de ese deber para revocar el contrato porque afecta a terceros de buena fe), no podemos decir lo mismo de lo primero porque negar absolutamente que el deudor tenga un cierto deber de conocer el estado de su patrimonio y de que el activo supere al pasivo supondría admitir un ejercicio abusivo del derecho a contratar o a no sancionar conductas que rallan la mala fe. La buena fe exige ese deber de diligencia en la administración del propio patrimonio (art. 1.258 CC, art. 7 CC). Lo contrario podría llevarnos a sostener posturas como ésta: *"Es posible que un deudor con plena buena fe, ignorando por especiales circunstancias del caso, su estado económico, y sobre todo las consecuencias que con relación al mismo sigan al acto que va a celebrar, otorgue un contrato que produzca su ruina"*, y aunque en ese caso es evidente el daño que el deudor ha producido al acreedor con este contrato, no puede ejercitarse la acción pauliana, porque no existe fraude al no haber conocido el deudor su posible empobrecimiento (Martín Retortillo)⁴. A nuestro juicio, la razón que justificaría la desestimación de la

² Todo ello en la conferencia *Enajenaciones de bienes en fraude de acreedores* (inédita) pronunciada por el Profesor MORALES MORENO el 25 de marzo de 1992 en el seminario sobre *Problemas jurídicos de los actos en fraude de acreedores*, organizado por Management Forum España, S.A.

³ DE CASTRO; *La acción pauliana y la responsabilidad patrimonial. Estudio de los arts. 1.911 y 1.111 del Código civil*, R.D.P., 1932, págs. 193-228, pág. 198. Como indicábamos en el primer capítulo, junto a De Castro, también Orduña Moreno se ha pronunciado después en este sentido.

⁴ MARTÍN RETORTILLO; *La lucha contra el fraude civil, (la acción pauliana)* (1943, Bosch C.E., pág. 37.

Pauliana en este caso es la protección de la seguridad del tráfico, y, en particular, de las adquisiciones por terceros de buena fe y a título oneroso. Pero no parece justificable negar la revocación alegando la buena fe del deudor, pues éste debía conocer la situación de su patrimonio y administrarlo diligentemente. En nuestra opinión, cuando la lesión del derecho de crédito es tan clara debido a la notable falta de equivalencia de las prestaciones, no puede decirse que el contrato no es impugnabile porque el deudor es de buena fe, sino que éste ha incumplido un deber que le corresponde conforme a la buena fe cual es el de conocer la situación de su patrimonio y mantener su solvencia. Como apunta Martín Pérez, puede decirse que *sobre todo deudor pesa un deber de cumplir y no frustrar las expectativas del acreedor con la desaparición de la garantía que constituye su patrimonio. Por ello, no puede alegar para defenderse de las reclamaciones del acreedor la ignorancia de su propia situación patrimonial y del efecto que sobre ella tienen sus actos dispositivos. Cuando ha incurrido en infracción de sus deberes de previsión o en ignorancia negligente, el fraude se exterioriza en el perjuicio causado mediante el acto de disposición que injustificadamente le sitúa en la insolvencia. Además, si a pesar de tratarse de un negocio oneroso, se produce una alteración negativa en el patrimonio del deudor, será porque la contraprestación no fue real y proporcionada, o se ocultó, de lo cual puede deducirse un ánimo fraudulento, que es la única explicación para una enajenación tan lesiva para sí mismo, salvo el caso en que hayan concurrido vicios de la voluntad. En definitiva, el fraude del deudor habrá de deducirse, además de a través de las presunciones, del propio perjuicio que genera con su carencia de bienes conocidos⁵.*

A partir de estas ideas, ha surgido nuestro interés por estudiar si es posible que la objetivación del fraude alcance también a aquellos contratos onerosos en que existe una manifiesta falta de equivalencia de las prestaciones. ¿Estamos ante una manifestación del fraude? Y si lo estamos, ¿qué alcance se le puede dar? ¿Se trata simplemente de un indicio del *consilium fraudis*, que deberá probarse del conjunto de los hechos, o si el desequilibrio de prestaciones es notable puede decirse que estamos ante un acto objetivamente fraudulento y que es revocable en la medida del enriquecimiento con independencia de cual sea el ánimo del deudor y del tercero? Lo que en principio pudiera parecer excesivamente heterodoxo ha

⁵ MARTÍN PEREZ; *Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de octubre de 1995, C.C.J.C., nº 40, enero-marzo/96, 1077, pág. 177.*

do apuntado -como veremos- por notables juristas, tanto a lo largo de la Historia como hoy, en España y en otros sistemas cercanos al nuestro, y plasmado en diversos textos legales de otros sistemas jurídicos. También en alguna sentencia de nuestro Tribunal Supremo se apunta, si bien *obiter dicta*, esta idea.

II. LA OBJETIVACION DEL FRAUDE EN LOS SUPUESTOS DE NOTABLE FALTA DE EQUIVALENCIA DE LAS PRESTACIONES

El Tribunal Supremo es constante al exigir, conforme a nuestro Código civil, que exista y quede probado el *consilium fraudis* de los contratantes para que el contrato oneroso pueda ser revocado por fraude de acreedores. Ya vimos que en la sentencia de 3 de octubre de 1995, a pesar de que se trataba de la compraventa de un inmueble de la deudora insolvente por valor siete veces inferior al de mercado, compraventa realizada dos días después de que a la deudora le hubiera sido notificado el embargo, siendo la compradora una tía jubilada de la deudora, que arrienda el piso inmediatamente e inscribe en el Registro el mismo día en que se resuelve la procedencia de la anotación preventiva de embargo,... entre otros hechos que conducen a pensar que hubo fraude, el Tribunal Supremo estimó que aunque la compraventa se realizó en fraude de acreedores, no había sido probado el *consilium fraudis* o la participación de la compradora en la operación fraudulenta de la deudora. Ni tan siquiera quiso el Tribunal Supremo extender la presunción de fraude del art. 1.297-II CC más allá de la persona del deudor (la vendedora), lo que ciertamente es criticable pues la presunción afecta al negocio y no a la intención de una de las partes⁶. En este caso, sin duda la adquirente debía ser de buena fe o al menos así lo interpretaron el Juez de primera instancia, la Audiencia y el Supremo, a pesar de que tantos indicios delataban el ánimo fraudulento de la vendedora. Por eso no se estima la demanda ni el recurso, porque los efectos de la revocación supondrían un perjuicio para quien adquirió de buena fe y a título

⁶ Como vimos, esta interpretación del artículo ha recibido la crítica de algunos autores que comentan la sentencia (MARTIN PEREZ; *Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de octubre de 1995*, C.C.J.C., 1996, n° 40, 1077, pág. 178. También HERAS HERNANDEZ; en la sección *Jurisprudencia comentada* de la Revista de Derecho Privado, 1996, mayo, págs. 405-416, pág. 414).

oneroso (la tía jubilada de la deudora que le compró el inmueble), al verse obligada a restituir lo recibido pero sin que a cambio se le devuelva a ella lo que entregó, ya que no será posible debido al estado de insolvencia de la parte vendedora. Ese perjuicio es inadmisible. Sin embargo, hay que advertir que este es el resultado de operar con un concepto subjetivo de fraude: La restitución recíproca de las prestaciones supone un perjuicio para el tercero de mala fe porque pasa a engrosar el número de los restantes⁷ acreedores del insolvente (arts. 1.295 y 1.298 CC). Pero si entendemos que el fraude es objetivo en el caso de la notable falta de equivalencia de las prestaciones no hay por qué perjudicar al tercero aplicando necesariamente el régimen de la restitución recíproca de las prestaciones.

Hay una solución intermedia, que suavizaría el rigor de la que daba el Tribunal Supremo en la sentencia que contemplamos y que evitaría también -de otro lado- el perjuicio económico del tercero. Si prestamos atención al sustrato económico del negocio y apreciamos que la notoria falta de equivalencia de las prestaciones (el inmueble se vendió por una séptima parte de su valor) hace que el negocio sea en sí mismo lesivo y por tanto en sí mismo fraudulento al dejar insolvente a la vendedora, el análisis del supuesto cambia. Si operamos con un concepto objetivo de fraude podemos llegar a la solución intermedia de revocar el negocio, pero tan sólo en la medida del enriquecimiento patrimonial de la compradora, de modo que siendo de buena fe sólo debe restituir aquello en lo que se haya enriquecido y no queda en ningún modo perjudicada más allá de lo que estaría si la venta no se hubiera realizado. Podría optar en todo caso por la restitución completa de las prestaciones, de modo que no sea considerada como un acreedor más sino que se le devuelva lo que entregó a cambio de la cosa. O bien puede optar por pagar el crédito a fin de evitar el daño y lograr el cese de la acción. Nos movemos en el campo de la hipótesis, conscientes de que el sistema actual no admite llevar hasta aquí la objetivación del fraude por la protección que se da a los terceros de buena fe y a título oneroso. No obstante, veremos si existe algún cauce para sostener esta postura.

⁷ Por su condición de sujeto pasivo en el ejercicio de la acción, el adquirente a título oneroso y de mala fe no está en situación de igualdad (*par condicio*) en relación con el acreedor o acreedores que han ejercitado la acción revocatoria, sino con la de los restantes acreedores -si los hay- que no la ejercitaron.

II.1. Objeciones

A la idea de que la tutela del derecho de crédito puede llevar a revocar -en cuanto sea *en sí mismo* fraudulento- un contrato oneroso realizado por el deudor en condiciones tales que en la práctica suponen una lesión directa del interés del acreedor, podrían oponerse objeciones no poco relevantes, tales como las siguientes:

1ª. Las partes son libres para contratar y fijar el contenido de los contratos (art. 1.255 CC)⁸, que desde que se perfeccionan obligan a su cumplimiento (art. 1.258 CC). El tercero no tiene ningún deber de conocer la situación patrimonial del enajenante. No es contrario a la ley, ni a la moral, ni al orden público -únicos límites de la autonomía de la voluntad (art. 1.255 CC)- acordar un intercambio de prestaciones objetivamente desproporcionado, por lo que debe protegerse la eficacia del negocio y reconocer al título del adquirente la firmeza que el ordenamiento presta a toda adquisición de buena fe y a título oneroso. También lo exige así la seguridad del tráfico jurídico. Por tanto, las normas que regulan el fraude de acreedores exigen la prueba del elemento subjetivo cuando se trate de contratos onerosos, en todo caso.

2ª No es preciso insistir en que la adquisición del tercero que contrata con el deudor insolvente está justificada, aunque el precio sea notablemente inferior al valor de la cosa⁹.

3ª. Aunque en un contrato exista una diferencia notable entre el valor objetivo -en términos económicos- de las contraprestaciones pactadas, la causa sigue siendo onerosa y, como a tal negocio, no cabe aplicarle las reglas de los contratos gratuitos. La rescisión

⁸ DE CASTRO (*El negocio...*, págs. 11-13); y DIEZ-PICAZO (*Comentario del Código civil*, II, Ministerio de Justicia, 1993, art. 1255 CC, págs. 430-431).

⁹ En este sentido ha manifestado su opinión ALVAREZ-CAPEROCHIPÍ (*El enriquecimiento sin causa*, Comares, 1989, págs. 101-102): "Plantea (...) algún problema el contrato como justificación del enriquecimiento, en cuanto que, dadas dos prestaciones recíprocas puede existir diferencia de valor entre ambas enriqueciéndose una de las partes contratantes a costa de la otra ¿está este enriquecimiento injustificado?. (...). A nuestro parecer, el enriquecimiento derivado de un contrato está justificado aun cuando no exista una equivalencia económica de prestaciones."

por lesión *ultra dimidium* ha sido erradicada de nuestro ordenamiento (art. 1.293 CC)¹⁰. La onerosidad no se mide por la equivalencia objetiva de las prestaciones¹¹, sino por el intercambio real de prestaciones¹².

II.2. Crítica a las objeciones

Las objeciones enunciadas pierden fuerza si atendemos también a otras consideraciones, tales como las siguientes:

1ª Ciertamente el contrato oneroso en que existe un desequilibrio notable entre las prestaciones no está fuera de los límites de la autonomía de la voluntad, y da derecho a la protección jurídica de la adquisición que tiene su causa en el contrato. Pero esta protección, que *inter partes* es indiscutible, es más dudosa cuando nos referimos a terceros lesionados por el contrato¹³, como veremos a continuación. Y si bien es cierto que la

¹⁰ Desaparece de nuestro ordenamiento la rescisión por lesión *ultra dimidium*, antes admitida en el Derecho castellano. Se admite hasta hoy, sin embargo, en los derechos forales de Cataluña y Navarra, donde es posible la rescisión por lesión en la mitad del justo precio (Compilación de Cataluña, art. 323-II) o del valor de la prestación al tiempo del contrato (Compilación Navarra, Leyes 499 a 507).

¹¹ En este sentido se ha dicho que *la idea de equivalencia (...) carece de consistencia estructuradora de la onerosidad contractual* (LOPEZ JACOISTE; *Sobre la aporía de la equivalencia contractual*, en Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Federico de Castro, II. Tecnos, 1976, pág. 857).

¹² En la sentencia de 17 de marzo de 1956, el Tribunal Supremo señalaba que *la causa en los contratos a título oneroso es una contrapartida real (cualquiera que sea su valor cuantitativo)*; en la de 2 de octubre de 1918 se afirma que *la mayor o menor equivalencia de las prestaciones no puede hacer decaer el carácter oneroso de un negocio* y en el mismo sentido se manifiesta el Tribunal en sentencia de 23 de febrero de 1951. *Cualquiera que sea la desproporción entre el valor de la cosa vendida y el precio asignado en la compraventa, mientras exista un precio cierto la venta es válida*, declaraba también el Tribunal en sentencia de 10 de julio de 1954 (ARECHEDERRA, *La equivalencia de las prestaciones en el derecho contractual*, ed. Montecorvo, 1978, págs. 52; 59 y 158).

¹³ Se ha dicho que asistimos a *una objetivización de los intereses que presiden el contrato, afirmándose que el principio de autonomía de las partes ha de coordinarse con los principios de justicia contractual y de buena fe* (M. DE COSSIO, *Frustraciones y desequilibrios contractuales*, Comares, 1994, pág. 10).

seguridad del tráfico y la tutela de la eficacia de los contratos exigen mayores cautelas cuando se trata de impugnar contratos onerosos, también lo es que nuestro ordenamiento concede prioridad al título oneroso sobre el gratuito -más débil- en caso de colisión de derechos, es decir, admite cierta graduación de la fuerza de la adquisición atendiendo al sustrato económico del negocio. Pero, ¿qué ocurre cuando colisionan dos títulos onerosos, uno de ellos nacido de un contrato con notable desequilibrio de las prestaciones y el otro nacido de un contrato con prestaciones equivalentes?

2ª La segunda de las objeciones formuladas no constituye realmente un argumento contrario a la objetivación del fraude en el supuesto que estamos estudiando, ya que cuando impugnamos por fraudulento un acto o contrato no reclamamos en virtud de un enriquecimiento sin causa o no justificado: antes bien al contrario, la objetivación del fraude supone la posibilidad de reintegrar en el patrimonio del deudor insolvente los enriquecimientos o los beneficios que éste ha provocado mediante actos o contratos válidamente celebrados con terceros. Pero sí se observa en los supuestos de objetivación por fraude una constante y es ésta: entre proteger un enriquecimiento (con causa) y evitar un daño, debe optarse por esto último. En los supuestos de contratos onerosos realizados con tal desequilibrio de las prestaciones que provoca o incrementa la insolvencia de una de las partes, se da lugar a un beneficio económico del cocontratante a costa del perjuicio que se causa a los acreedores del deudor. Si el derecho de estos últimos nació de un contrato oneroso anterior en el que las prestaciones eran equivalentes, quizás quepa admitir que en el conflicto entre ambos derechos sea el suyo más fuerte o que merezca mayor protección. Se diría entonces que el enriquecimiento del tercero de buena fe y a título oneroso aunque esté justificado, no tiene suficiente causa de justificación en determinadas circunstancias lesivas para los acreedores.

3ª El análisis de la onerosidad exclusivamente desde el punto de vista de la relación *inter partes* es un perjuicio que debe evitarse. En algunas ocasiones, la onerosidad debemos estudiarla también en atención a los intereses de terceros. De lo contrario fácilmente sería objeto o disfraz de fraudes. Por ejemplo, los denominados contratos mixtos *cum donatione*. En este sentido, Pino¹⁴ explica que existen contratos onerosos en el aspecto

¹⁴ PINO; *La eccessiva onerosità della prestazione*, traducción por De Mallol, "La excesiva onerosidad de la prestación", ed. J.Mª. Bosch, Barcelona, 1959, págs. 213-215.

normal, pero que en el aspecto sustantivo son onerosos y de liberalidad al mismo tiempo: se trata de un contrato de cambio, en el que la valoración de las prestaciones se efectúa de modo que constituya también una liberalidad¹⁵. El régimen jurídico aplicable será el correspondiente al instrumento técnico adoptado por las partes (contrato oneroso), hasta el límite de que tales actuaciones no entren en oposición con las superiores exigencias de la colectividad (derechos de los acreedores)¹⁶. También, por ejemplo, en materia de impugnación por lesión de los derechos del cónyuge acreedor, con derecho de participación en ganancias, se ha estimado que pueden tratarse como enajenaciones hechas a título gratuito (a efectos del art. 1.433 CC) los casos de *negotium mixtum cum donatione*, aunque tendrá el actor un difícil problema de prueba¹⁷.

La abolición por nuestro Código civil de la rescisión por lesión *ultra dimidium* conecta con la libertad que tienen las partes para fijar el precio, que impide que posteriormente pueda una de ellas exigir la entrega de un precio superior al que aceptó al contratar. Dan razón de la decisión tomada por la Comisión de Codificación de suprimir esta causa de rescisión las palabras de García Goyena:

*"¿Quién puede y debe conocer el valor y rendimientos de su cosa mejor que el vendedor? ¿Ni qué juez más competente para apreciar lo crítico o indiferente de su posición particular? Si vende, es porque así le conviene, o porque no encuentra quien le dé más: y en tal caso resulta que ha vendido por lo que entonces valía la cosa, pues que la escasez de compradores o la afluencia de vendedores puede rebajar indefinidamente su precio"*¹⁸.

Los argumentos que contribuyeron a rechazar la rescisión por lesión *ultra dimidium*, como aquellos que llevan a aceptarla, se refieren a la relación *inter partes*¹⁹. Ni

¹⁵ En la obra de Pino que acabamos de citar, pág. 214.

¹⁶ En la obra de Pino que citamos, págs. 214-215.

¹⁷ DE LOS MOZOS; *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, Edersa, XVIII-3º, 1985, pág. 298.

¹⁸ GARCIA GOYENA; *Concordancias...*, III, Madrid, 1852, pág. 181.

¹⁹ En el Código civil italiano (art. 1.448) se admite la rescisión por lesión *ultra dimidium* como causa de rescisión contractual. Los presupuestos de la rescisión son, en este caso, la desproporción entre las prestaciones; el estado de necesidad de una de las partes; y el aprovechamiento por la otra para obtener una ventaja. Según MIRABELLI (*La rescissione del contratto*, Napoli, 1962, 481 págs., págs. 55-74), las teorías doctrinales sobre cuál es el

García Goyena ni el legislador del Código civil están pensando en los terceros, acreedores de una de las partes. Sí pensó en ellos, a estos efectos, Federico de Castro, como se ve en el siguiente texto:

*"El abandono de la concepción del precio justo y el modo restringido con que el Código concede la rescisión por lesión (art. 1.294), cierra la posibilidad a un concepto puramente económico de la equivalencia de las prestaciones; mas las figuras de la simulación y del negocio para defraudar a la ley, a los acreedores o legitimarios, han hecho que se atienda a la realidad social de la reciprocidad de intereses o, en su caso, a lo efectivo de la liberalidad, para calificar al negocio de oneroso o gratuito"*²⁰.

También Arechederra opina que los criterios de determinación de la onerosidad o gratuidad del negocio se objetivan cuando salimos de la relación *inter partes* y atendemos a los intereses de terceros:

*"La onerosidad y gratuidad del negocio son categorías jurídico-económicas que determinan un régimen de protección a terceros. Frente a ellos estas categorías cobran un carácter marcadamente objetivo. Y con ellos la equivalencia de las prestaciones, que como reciprocidad material, económica, juega un papel de criterio calificador inequívoco"*²¹.

No se trata ya de si el precio se adecúa o no al valor de la cosa, sino de dar primacía al interés del acreedor sobre el de un tercero que se lucró con el negocio y tan sólo en la medida del lucro²². No es un problema de reajuste de intereses *inter partes*, sino de

fundamento que justifica la rescisión por lesión *ultra dimidium* son variadas, pero la mayoría de los autores están de acuerdo en entender que existió un *vicio del consentimiento*. Otros lo ven como una sanción civil, o como un vicio de la causa; y sólo algunos han entendido que la desproporción entre las prestaciones supone un vicio objetivo del contrato.

²⁰ DE CASTRO; *El negocio...*, pág. 262.

²¹ ARECHEDERRA; *La equivalencia de las prestaciones en el Derecho contractual*, ed. Montecorvo, 1978, pág. 123 (también en las págs. 62-63, 90 y 93). En cuanto a las sentencias del Tribunal Supremo, señala el autor que *las declaraciones relativas a la equivalencia de las prestaciones guardan una relación muy estrecha con la apreciación de la concurrencia o no de perjuicio para tercero* (pág. 59).

²² Es la misma idea que late en la objetivación del fraude en las transmisiones de bienes a título gratuito: se busca sanar la lesión al derecho de crédito a costa de hacer que cese el

III. ALGUNOS ARGUMENTOS PARA UNA OBJETIVACION DEL FRAUDE

Supongamos que el deudor insolvente enajena a muy bajo precio el único bien de que disponía, tasado en el mercado por un valor muy superior al de venta. En ese caso, si los acreedores impugnaran el contrato deberían probar el *consilium fraudis* del deudor y tercero. Se les exigirá demostrar que el adquirente era de mala fe, que colaboró voluntaria o conscientemente en el fraude. Esta prueba es difícil en la práctica. Por esta razón, cuando el negocio es en sí mismo lesivo, los juristas de otras épocas y de otros sistemas europeos han tratado de descargar al acreedor de la costosa prueba del *consilium fraudis*. Entre los argumentos y métodos para conseguirlo, se distinguen dos vías: 1ª La que considera que la notable falta de equivalencia de prestaciones es un indicio del ánimo fraudulento, o una manifestación del fraude, y que por tanto puede presumirse que el negocio es fraudulento si es lesivo; y 2ª La que considera que la notable falta de equivalencia de las prestaciones puede afectar a la propia naturaleza del negocio que puede seguir el régimen de las liberalidades en la medida en que exista un perjuicio objetivo para terceros. En el primer caso se presume el *consilium fraudis*; En el segundo caso, se prescinde del elemento subjetivo del fraude.

A nuestro juicio cabría distinguir entre aquellos contratos onerosos en que las mutuas prestaciones son prácticamente equivalentes y aquellos otros en que están notablemente desproporcionadas. En el primer caso, el fraude -en cuanto lesión del crédito- no está en el negocio, sino en la intención que mueve al deudor (evadir de su patrimonio bienes fácilmente embargables y sustituirlos por activo líquido que oculta a sus acreedores). La lesión se produce si, efectivamente, el deudor lleva a cabo este propósito. A diferencia del primero, en el segundo caso la lesión se provoca por el mismo contrato, no por actos posteriores. El contrato es en sí mismo lesivo para el interés de los acreedores. Sin embargo, en un tercero, el adquirente, ha obtenido un lucro. Entre proteger ese lucro y evitar el daño de los acreedores, convendría optar por esto último.

lucro de un tercero que fue causa directa de la lesión.

Como decíamos, el estado actual de la cuestión no admite esta postura, pero los juristas de otros tiempos y de otros sistemas europeos han optado por proteger al acreedor ante este tipo de negocios. También algunos de nuestros autores lo hacen, y entre las sentencias del Tribunal Supremo encontramos al menos un par de afirmaciones *obiter dicta* en este sentido. Por último, creemos que en nuestro Código civil existe una posible vía para sostenerlo, y en otras áreas de nuestro ordenamiento hallamos algún criterio del legislador que puede reforzar estas consideraciones. Vamos a ver aisladamente cada uno de estos puntos de referencia y comprobaremos que unas veces se acude a la presunción de fraude mientras que otras se estima que la falta de equivalencia afecta directamente a la naturaleza del negocio.

III.1. Algunos datos de la trayectoria histórica de la doctrina de la acción pauliana

Encontramos en nuestro estudio dos momentos de la trayectoria de nuestra acción pauliana en que se entendió la falta de equivalencia de las prestaciones como manifestación del fraude: la Escuela de los Comentaristas, y la obra de Hevia Bolaños.

1.1. La Escuela de los Glosadores (*Accursio*) y la doctrina de los Comentaristas (*Bártolo y Giason del Maino*)

Accursio, distanciándose en esto del Derecho romano glosado, afirma que no en todos los casos se verifica la exigencia del elemento subjetivo del fraude, y pone como ejemplo el caso de adquisición de un objeto a un precio inferior a su valor efectivo. En este caso existe solamente *fraus re* y no *fraus consilio*, lo que lleva a Accursio a determinar "*quia fraus potest esse dolus et potest non esse*"²³. Esto le lleva a distinguir dos supuestos en que la venta es revocable por fraude: 1º Cuando el precio es inferior al real; y 2º Cuando se

²³ PIANO MORTARI; *L'azione revocatoria nella giurisprudenza medievale*, Università di Catania, 1962, págs. 208-209.

cando al justo precio pero con ánimo de sustraerlo del alcance de los acreedores²⁴.

Bártolo de Sassoferrato, jurista de la Escuela de los Comentaristas, proponía el caso de quien adquiere un bien por la mitad de su valor. Los acreedores del enajenante podrán en este caso impugnar la mitad del contrato según las reglas de los contratos onerosos y la otra mitad aplicando las de las enajenaciones gratuitas²⁵. Para Bártolo, señala Piano Mortari, el defecto de equivalencia entre el precio pagado y el valor de la cosa vendida repercute sobre la naturaleza jurídica del acto de transferencia.

El comentario de Giason del Maino al título *De actionibus* de las Instituciones de Justiniano ha sido reconocido como la conclusión de la doctrina de los comentaristas²⁶. Según Piano Mortari la aportación de este jurista a la técnica de la prueba del *consilium fraudis* consistió precisamente en extender el campo de acción de los criterios de las presunciones de fraude²⁷. Giason del Maino estimó que otra medida para valorar el carácter fraudulento o no de la compraventa es la diferencia entre el valor del bien enajenado y la cantidad pagada como precio²⁸.

²⁴ Ya lo vimos al tratar la cuestión del desarrollo de la acción pauliana. Así lo explica PIANO MORTARI (*L'azione...*, pág. 82).

²⁵ PIANO MORTARI; *L'azione revocatoria nella giurisprudenza medievale*, Università di Catania, pubblicazioni della facoltà di giurisprudenza, 43, Milano, 1962, págs. 187-189. No se refería Bártolo al proponer este caso al problema que estamos analizando, sino a los plazos de prescripción de la acción revocatoria, que eran treinta años para los actos lucrativos y uno para las transmisiones a título oneroso.

²⁶ PIANO MORTARI; *L'azione revocatoria nella giurisprudenza medievale*, Università di Catania, pubblicazioni della facoltà di giurisprudenza, 43, Milán, 1962, págs. 205-220.

²⁷ Giason del Maino recogió la discursión de los glosadores acerca del concepto de fraude: aunque la mayoría están de acuerdo en que el fraude hace referencia siempre a la intención del deudor de lesionar el crédito de sus acreedores, añade que para otros hay que distinguir entre *dolo* (elemento subjetivo del fraude) y *fraude* (daño objetivo). Así, Accursio. Todo esto según las explicaciones de PIANO MORTARI en *L'azione revocatoria nella giurisprudenza medievale* (Università di Catania, pubblicazioni della facoltà di giurisprudenza, 43, Milano, 1962, págs. 208-209).

²⁸ PIANO MORTARI; *L'azione...*, pág. 215.

1.2. La obra de Hevia Bolaños

A partir de los textos de las Partidas vigentes en la época y la doctrina de los glosadores, Hevia Bolaños detalla en la *Curia Philipica* una serie de presunciones de fraude que facilitan la impugnación de los contratos realizados por el deudor. Así, se presume el fraude, entre otros casos, cuando el deudor enajena, sea sus mejores bienes, sea la totalidad o mayor parte de éstos, *por mucho menor precio de lo que valen*, bien en un único acto, bien en sucesivas transmisiones, *y aunque sea por título oneroso, como de venta*²⁹.

1.3. La Ley Hipotecaria de 1861

Una de las presunciones de complicidad del segundo adquirente en el fraude establecidas en el artículo 41 de la ley hipotecaria de 1861 era la siguiente: "*Se considerará al poseedor del inmueble o derecho real, cómplice en el fraude de su enajenación en el caso segundo num.2º del art.37: (...) 2º Cuando hubiere adquirido su derecho bien inmediatamente del deudor, bien de otro poseedor posterior, por la mitad o menos de la mitad del justo precio*". Y comenta Gómez de la Serna³⁰: "*(..) da lugar a sospechas vehementísimas de que ha sido participante en el fraude. El registro que le pone de manifiesto el día exacto y próximo en que la enajenación anterior se hizo, y el menosprecio con que la finca de nuevo se enajena, serían motivos para fijar su atención y hacerle entrar en investigaciones si tuviera completa buena fé. Cuando no lo hace, o lo hace mal, la Ley introduce la presunción juris et de jure de que ha sido cómplice en el fraude*".

III.2. Algunas referencias por parte de la doctrina

También en nuestra época se han pronunciado algunos autores nacionales y extranjeros en favor de considerar las enajenaciones a bajo precio como fraudulentas o como

²⁹ HEVIA BOLAÑOS; *Curia Philipica, Laberintho de Comercio Terrestre y Naval*, 1790, Cap. XIII, § 13.

³⁰ GÓMEZ DE LA SERNA; *La Ley Hipotecaria, comentada y concordada con la legislación anterior española y extranjera*, Madrid, 1862, pág. 686.

posible manifestación del fraude.

2.1. La doctrina española

Como anunciábamos en la introducción, el Profesor Morales Moreno ponía como ejemplo de acto *en sí mismo* fraudulento o lesivo del derecho de crédito, la enajenación realizada por precio notoriamente inferior al de mercado³¹. Los criterios de impugnación no son, sin embargo, objetivos sino que aplica criterios subjetivos (se está refiriendo al Derecho vigente), si bien indica que sería suficiente con probar la conciencia del daño que tenían las partes al contratar.

El Profesor De Castro, al estudiar la acción pauliana explicaba que el criterio discriminador del régimen jurídico aplicable es la naturaleza gratuita u onerosa del acto impugnado. Y a este respecto señaló como nota diferencial del acto gratuito *la falta de contraprestación total o parcial por parte de la persona beneficiada*³². ¿Podemos incluir entre los negocios con falta de contraprestación parcial los contratos onerosos con notable desequilibrio de las prestaciones?

Aunque no se pronuncia directamente, encontramos en el estudio de Prada González sobre la onerosidad y gratuidad de los actos jurídicos una idea orientada en este sentido. El autor señala que lo que caracteriza, en principio, la distinción entre el acto a título oneroso y el gratuito es la ruptura del *equilibrio en la composición económica de los patrimonios afectados*, y que la ley tiene prevista la acción pauliana, entre otros medios, para que esta *ruptura de equilibrio no perjudique a terceros*³³.

³¹ MORALES MORENO; *Enajenaciones de bienes en fraude de acreedores*, conferencia pronunciada el 25 de marzo de 1992 en el seminario sobre *Problemas jurídicos de los actos en fraude de acreedores*, organizado por Management Forum España, S.A.

³² DE CASTRO; *La acción pauliana y la responsabilidad patrimonial. Estudio de los arts. 1.911 y 1.111 del Código civil*, R.D.P., 1932, págs. 222-223.

³³ PRADA GONZALEZ; *La onerosidad y gratuidad de los actos jurídicos*, conferencia publicada en los A.A.M.N., XVI, 1968, págs. 255-393, pág. 270.

12. La doctrina extranjera

En cuanto a la doctrina de autores pertenecientes a sistemas cercanos al nuestro, merece destacarse la elaborada por Ghestin, uno de los más prestigiosos juristas franceses y autor de un trabajo sobre la acción pauliana³⁴. El *Code* dedica tan sólo un precepto, el art. 1.167, a la regulación de la acción pauliana, limitándose al enunciado de la acción. Ha sido tarea de doctrina y jurisprudencia elaborar las necesarias adaptaciones del régimen general a los casos particulares, presumiendo generalmente el fraude cuando se trata de actos gratuitos. En este sentido Ghestin distingue, a efectos del ejercicio de la acción pauliana, entre actos *gratuitos* y actos que *no implican disminución del patrimonio del deudor*. *Teniendo en cuenta el régimen particular de los actos a título gratuito* -comenta Ghestin- *es necesario calificarlos*. Y en ese intento, el autor opta por un concepto amplio de gratuidad que comprenda los contratos en que exista un notable desequilibrio entre el valor del bien y el del precio pagado por él, ya que entonces el daño que se produce al tercero es pequeño en comparación con el que -de otro modo- sufriría el acreedor³⁵. Tiempo antes que Ghestin, un autor alemán discípulo de Windscheid, T. Kipp, no dudaba en proponer la *venta al malbarato* como ejemplo de contrato oneroso en perjuicio de acreedores³⁶.

³⁴ El título del trabajo de GHESTIN al que nos referimos es *La fraude paulienne* (1978, publicado en una obra de homenaje a G.Marty, págs. 569-585).

³⁵ "Le fondement de la distinction aurait pu conduire à une conception large du titre gratuit. En particulier un déséquilibre important entre la valeur du bien aliéné et la contrepartie payée par le tiers devrait justifier l'application du régime des actes à titre gratuit, le dommage du tiers étant alors beaucoup plus faible que le préjudice subi par le créancier" (GHESTIN; *Traité de Droit civil, (Les obligations. Les effets du contrat)*, París, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1992, pág. 688; y, en términos semejantes, en *La fraude paulienne*, 1978, en *Mélanges dédiés à G. Marty*, pág. 575). El jurista admite que, en contra de su opinión personal, la jurisprudencia emplea un concepto estricto de gratuidad.

³⁶ KIPP; *Impugnación de los actos "in fraudem creditorum"*, en *Derecho romano y en el moderno Derecho alemán, con referencia al Derecho español*, en la R.D.P., 1924, pág. 7.

III.3. Del Derecho positivo español y del Derecho comparado

De nuestras normas de Derecho civil, ninguna permite afirmar que el desequilibrio de contraprestaciones sea manifestación del fraude. Sin embargo, indirectamente si encontramos en el artículo 622 CC³⁷ un apoyo legal al que referirnos. Para ello, veamos a la vez un precepto de la *legge fallimentare* italiana con el que encontramos un cierto paralelismo. El art. 67-I-1º *legge fallimentare* contiene un régimen excepcional para aquellos contratos onerosos en que *las prestaciones acordadas o las obligaciones asumidas por el fallido sobrepasen notablemente aquello que a él le es dado o prometido*. En el precepto se dispone la presunción *iuris tantum* de fraudulencia de estos actos cuando se realicen en los dos años anteriores a la declaración de quiebra. Del mismo modo que se ha estimado aplicable a los actos gratuitos en que se aprecia cierta onerosidad el régimen del art. 67-I-1º *legge fallimentare*, por ejemplo a la donación modal³⁸, nos ha parecido posible -a la inversa en nuestro caso- trasladar el régimen del art. 622 CC a los contratos onerosos en que existen aires de gratuidad, a efectos del fraude de acreedores. Esto permitiría aplicar las reglas de los contratos gratuitos en la medida en que una de las prestaciones exceda respecto del valor de la otra.

Por otra parte, en el ámbito de la quiebra en nuestro país se ha observado esta posibilidad. En el Anteproyecto de Ley concursal de 1981 estaba prevista, entre las acciones de reintegración de la masa de la quiebra, una acción de anulabilidad en aquellos supuestos en que el deudor quebrado hubiere enajenado dentro del periodo de retroacción y a título oneroso alguno de sus bienes si la contraprestación fuere inferior en más de una tercera parte al valor de los bienes en el mercado. La acción podía enervarse si se probara que no se causó por ello perjuicio a los acreedores. En el Anteproyecto de Ley Concursal español de 1983 encontramos también una disposición referida a los contratos onerosos en que existe una

³⁷ Sobre los problemas que suscita la interpretación de este precepto, nos remitimos al capítulo dedicado a la donación modal.

³⁸ En este sentido, SANDULLI estima que el precepto es aplicable a la donación modal en que existe manifiesta desproporción entre el valor de lo donado y el de la carga o gravamen impuesto al donatario (*Gratuità dell'attribuzione e revocatoria fallimentare*, ed. Eugenio Jovene, 1976, pág. 207). En Italia no existe un precepto paralelo a nuestro artículo 622 CC.

namble falta de equivalencia de las prestaciones. Se trata del art. 192 del Anteproyecto, que declararía anulables los actos de enajenación a título oneroso realizados dentro del período de retroacción cuando la contraprestación a favor del concursado no alcance la mitad del valor real de mercado de los bienes o derechos transmitidos, salvo que se pruebe la ausencia de efectivo perjuicio para los acreedores en caso de mantenimiento de la eficacia de estas operaciones. El adquirente podrá mantener la adquisición satisfaciendo en dinero la diferencia de valor. Según la propuesta de anteproyecto de ley concursal de 1996, se declararían revocables los actos perjudiciales realizados por el deudor en el año anterior a la declaración de concurso (art. 92). Como vimos, este sentido se orienta también la interpretación que hace un sector de la doctrina reciente del vigente art. 878 CCo, de manera que en lugar de tratarse de una retroacción absoluta de los efectos de la quiebra, se aprecie la retroacción relativa sólo a aquellos actos lesivos.

También en Derecho británico se reconoce la posibilidad de declarar ineficaces los actos de enajenación realizados por el deudor sin percibir a cambio un valor equivalente. Con acierto, el legislador unifica bajo la categoría de *transactions³⁹ at an undervalue* tanto las donaciones u otros negocios sin contraprestación, como aquellos contratos en que se pacta un precio significativamente inferior al valor de la prestación a que se obliga el deudor⁴⁰. En los procedimientos concursales se concede a los acreedores una facultad para solicitar la declaración de ineficacia de estos actos siempre y cuando hayan sido realizados en lo que llama "*the relevant time*"⁴¹. Si el procedimiento fuera extraconcursal, la impugnación de las *transactions at an undervalue* requiere que se pruebe la intención de defraudar del deudor,

³⁹ El término *transaction* se toma en sentido amplio y abarca todo tipo de relación jurídica o trato, formal o no, entre el deudor y un tercero (BERRY / BAILEY / SCHAW-MILLER, *Personal Insolvency, Law and Practice*, second edition, Butterworths, 1993, pág. 365. Explican que el concepto más restringido (*settlement*) empleado en la antigua *Bankruptcy Act* de 1914 ha sido abandonado).

⁴⁰ Artículo 339 *Insolvency Act* de 1986. La normativa de la *Insolvency Act* se aplica tanto a la insolvencia individual como colectiva.

⁴¹ El artículo 341 de la *Insolvency Act* de 1986 indica qué se entiende, en los distintos casos, por "momento relevante". Así, para las *transactions at an undervalue* es el período de los dos años anteriores a la fecha de la presentación de la solicitud de la declaración de la insolvencia; plazo que se extiende a los cinco años previos a la solicitud si al tiempo de hacerlo el deudor era ya insolvente o devino por ello en estado de insolvencia (la insolvencia del deudor se presume *iuris tantum* en este período).

no se libera al acreedor de tener que probar el ánimo fraudulento del tercero⁴²; sólo se protege a los terceros que son de buena fe y contrataron *for value* (por el valor de la cosa).

No sólo en Italia y Gran Bretaña; también en Suiza hay un régimen separado para los contratos onerosos en que existe notable desproporción entre las contraprestaciones. En el artículo 286 *Loi Fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite* (1889) se declaran revocables⁴³ los actos de disposición celebrados por el deudor a título gratuito en el año⁴⁴ anteriores al embargo infructuoso o a la declaración de quiebra⁴⁵. El mismo precepto equipara a la donación aquellos actos onerosos por los que el deudor ha aceptado un *precio notablemente inferior* al valor de la prestación.

En Francia, donde como en Italia y en España se regula separadamente la revocatoria de la quiebra y la revocatoria ordinaria⁴⁶, encontramos entre las normas reguladoras del procedimiento de quiebra una que permite a los acreedores impugnar aquellos contratos onerosos por los que el deudor asumió obligaciones que excedían notablemente de las adquiridas por la otra parte⁴⁷.

⁴² Art. 423 de la *Insolvency Act*.

⁴³ Antes de la reforma de 1994 que ha entrado en vigor en 1997 se declaraban nulos.

⁴⁴ Antes de la reforma el plazo era de seis meses (reforma de 1994 que ha entrado en vigor en enero de 1997).

⁴⁵ La acción revocatoria o pauliana, única sea quien sea el deudor (individual o colectivo, civil o mercantil), es considerada como acción procesal, distinta de la acción de impugnación civil (FRITZSCHE / WALDER; *Schuldbetreibung und Konkurs nach schweizerischem Recht*, II, Schulthess Polygraphischer Verlag Zürich, 1993, pág. 64).

⁴⁶ La regulación separada no es obstáculo para que se reconozca que el fundamento de las acciones de nulidad de la quiebra coincide con el de la acción pauliana, llegando incluso a considerarse como una acción pauliana reforzada (DEVEZE y SAINT-ALARY-HOUIN; en *Juris Classeur*, 5, 1988, civ., fasc. 39, págs. 4 y 5, n. 14).

Sin embargo, antes de que fueran derogados del *Code de Commerce* los artículos que regulaban las acciones de nulidad de la quiebra para pasar a regular el procedimiento en leyes especiales, AUBRY y RAU (*Cours de Droit Civil Français*, d'après la Méthode de Zachariae, 5ª ed., 1897, París, pág. 239) explicaban que la acción de nulidad de la quiebra tenía una naturaleza especial y distinta de la propia de la acción pauliana ordinaria.

⁴⁷ Se trata del artículo 107 de la ley n.º 85-98, de 25 enero 1985, *relative au redressement et à la liquidation judiciaires des entreprises*. Declara nulos los actos que se enumeran en el precepto siempre y cuando se hubieren realizado después de la fecha de cesación de pagos y con independencia de cual sea el ánimo subjetivo que movió al deudor a realizarlos, o de

III.4. Dos sentencias del Tribunal Supremo

Con frecuencia el demandante alega la diferencia entre el valor de la cosa y el precio cuando trata de probar el fraude logrado mediante compraventa. Así fue, por ejemplo, en las demandas que dieron lugar a las sentencias del Tribunal Supremo de 30 diciembre 1925, de 23 febrero 1934, de 21 junio 1945, de 4 mayo 1950, de 31 marzo 1965, de 28 enero 1966, de 3 junio 1967, de 29 mayo 1985, de 17 julio 1990, de 3 octubre 1991, de 29 enero 1992, y de 6 abril 1992. Aunque de ningún modo podemos hablar de una jurisprudencia favorable a extender la objetivación del fraude a los contratos onerosos en que existe notable desequilibrio de las prestaciones, sí tenemos al menos dos sentencias en las que nuestro Alto Tribunal reconoce *obiter dicta* la posible objetivación. La primera de ellas, y la más interesante, es la sentencia de 3 de junio de 1967. Vigente aún la L.A.U. de 1956, y por tanto, la prórroga forzosa de los arrendamientos, el deudor arrienda el único piso de su propiedad y un inmueble en el que se estaban realizando una serie de obras a cargo del demandante (origen del pleito). Y arrienda a tan bajo precio que queda insolvente frente al acreedor demandante por el disvalor de los inmuebles que supone la prórroga forzosa del arrendamiento acordado en tales condiciones. El acreedor solicita la rescisión del arrendamiento por fraude de acreedores. En Primera Instancia se estimó la demanda. La Audiencia revocó la anterior y absolvió a la parte demandada. La parte recurrente en casación defendió la aplicación al supuesto del artículo 1.297-I CC⁴⁸. El Tribunal Supremo estimó haber lugar y declaró rescindido el contrato por fraude de acreedores, que consideró probado con independencia de la aplicación o no de la presunción de fraude del artículo 1.297 CC⁴⁹. No obstante, quiso pronunciarse el Tribunal en sentido de afirmar que sería

si derivó de ellos directamente la insolvencia o no.

⁴⁸ La defensa de la aplicación al caso del art. 1.297 I CC se hizo en estos términos: "que se recuerde cómo el legislador, en el artículo 1.297, presume celebrados en fraude de acreedores aquellos contratos en los que el deudor disponga de sus bienes a título gratuito, y bien gratuito resulta (...) el otorgamiento de aquél extraño contrato en el que todo el beneficio que puede obtener es el de 600 pesetas; (...)." (motivación del recurso de casación que dió lugar a la S.T.S. 3 junio 1967).

⁴⁹ Estimó el Alto Tribunal que dadas las condiciones en que se acordó el contrato (además del bajo precio se concedía al arrendatario una facultad ilimitada de subarriendo que

correcto aplicar el art. 1.297-I CC en el caso que se estaba considerando⁵⁰.

Más reciente es la sentencia de 6 abril 1992. En ella el Tribunal Supremo admite que la Sala de lo civil está aplicando el artículo 1.111 CC *llegando a alcanzar cuotas de cuasi-objetividad si el perjuicio se ocasiona por simple culpa civil o impremeditación*. Se trata de un caso en que, interpuesta tercería de dominio en proceso de ejecución de bienes, el acreedor ejecutante reconvino impugnando el contrato de compraventa en base al cual se interponía la tercería. La compraventa tenía por objeto una nave industrial, único bien embargable de la sociedad deudora, y por precio el de tres millones y medio que se daba por recibido, si bien la tasación del inmueble para subasta pública alcanzó los seis millones y medio. La compradora y tercerista era la esposa del difunto socio y cuñada del que era único socio en el momento del embargo. La Audiencia revocó la sentencia de Primera Instancia y desestimó la demanda, estimando la reconvención y declarando la rescisión de la compraventa por fraude de acreedores. En casación no hubo lugar.

III.5. El legislador de otras áreas

Otro detalle se puede resaltar a estos efectos en el ámbito del Derecho Financiero. Del Derecho Fiscal se ha dicho que actúa no sobre los actos o negocios jurídicos sino sobre el *sustrato económico* de esos negocios, debido al necesario control que desempeña sobre la actividad económica de los particulares⁵¹. A efectos impositivos se toma en cuenta lo que la ley denomina la *verdadera naturaleza jurídica*⁵² del negocio. Lo que se

le permitía obtener una sobrerenta nueve veces superior a la que él se había obligado) se producía una *"real desvalorización, en perjuicio expresamente buscado de sus acreedores, de la única finca que poseía la demandada para responder de deudas vencidas líquidas y exigibles en la fecha en que se confeccionó el contrato"* (2º considerando de la S.T.S. 3 junio 1967).

⁵⁰ Declaró que es perfectamente invocable la aplicación de este artículo, cuando, a través de los medios oportunos, en este caso las deducciones tratadas en el Considerando (...), se valoran situaciones análogas a las descritas en él (S.T.S. 3 junio 1967).

⁵¹ Así lo recuerda Uría, según ARECHEDERRA (*La equivalencia de las prestaciones en el Derecho contractual*, ed. Montecorvo, 1978, pág. 108).

⁵² Así, art. 25 de la Ley General Tributaria; art. 2 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados y art. 2 del

ha explicado en sentido de que *siempre que se obtengan unos efectos patrimoniales análogos a los efectos que se deducen de los hechos tipificados como imponible por la ley, se puede considerar realizado el presupuesto típico*⁵³. Esta nota del Derecho Tributario confirma que a efectos jurídicos la calificación del contrato puede tener distinta repercusión en la relación *inter partes* que frente a terceros, ya que en ocasiones, cuando entran en juego otros intereses, el legislador puede atender a los efectos patrimoniales del negocio.

IV. DIVERSAS CUESTIONES EN TORNO AL MECANISMO DE LA OBJETIVACION

Si se admitiese en nuestro ordenamiento la posibilidad de objetivar el fraude en los contratos onerosos realizados por el deudor con incremento de su insolvencia debido a la manifiesta falta de equivalencia del valor de las prestaciones, surgirían cuestiones como las siguientes, a resolver.

IV.1. ¿Cuáles son los efectos de la objetivación? Por poner un ejemplo, pensemos en Juan, deudor de Andrés, que vende a Pedro el único bien de su propiedad -una finca- por la mitad de su valor de mercado. La cantidad adeudada por Juan a Andrés equivale al valor de mercado de la finca. No se ha probado que Pedro tuviera conocimiento de la existencia de la deuda. Ya en el patrimonio de Pedro, se produce un incendio de la finca que disminuye su valor en una cuarta parte. En ese momento, Andrés impugna la enajenación hecha por su deudor, Juan, probando que no dispone de otro medio para hacer efectivo el cobro de su crédito y que la insolvencia de su deudor se desprende directamente de la transmisión de la finca, pues la vendió por la mitad de su valor. ¿Procede aplicar los criterios de objetivación del fraude? ¿En qué medida?

El supuesto reúne inicialmente los presupuestos para la objetivación del fraude. Si el incendio y la consiguiente depreciación de la finca no hubieran tenido lugar, el contrato

Reglamento que la desarrolla.

⁵³ NAVAS VAZQUEZ; *Interpretación y Calificación en Derecho Tributario* (art. 25 de la L.G.T.), en *Comentarios a la Ley General Tributaria y Líneas para su reforma*, en Homenaje a Fernando Sainz de Bujanda, I, Instituto de Estudios Fiscales, 1991, pág. 402.

de compraventa podría estimarse objetivamente fraudulento y revocable, de manera que el adquirente de buena fe estaría obligado a reintegrar el patrimonio del deudor con el enriquecimiento que a él le ha reportado el negocio. Podría también optar por pagar el crédito, o bien por reintegrar el bien recibido en el patrimonio deudor a cambio de que se le devuelva lo que entregó por él. En ningún caso quedará perjudicado el adquirente de buena fe más allá de lo que estaría si no se hubiera llevado a cabo el contrato. Pero si se prueba que el adquirente tuvo, al menos, conocimiento de la intención del deudor de evadir su patrimonio del alcance de los acreedores y aun así consintió en la adquisición, podrán aplicarse los criterios subjetivos del fraude (con los consiguientes efectos perjudiciales para el adquirente, que debe restituir pero nada le garantiza la devolución de lo que entregó a cambio)⁵⁴.

Si la impugnación es posterior a la depreciación de la finca, como los efectos de la objetivación del fraude sólo alcanzan al lucro real del adquirente en el momento de la revocación, no quedará éste perjudicado más allá de lo que estaría si el negocio no se hubiera realizado. En el caso propuesto, habría lucro por valor de una cuarta parte del valor del bien en el momento de la compraventa (se adquirió por la mitad de su valor pero se perdió por el incendio la cuarta parte del valor).

IV.2. ¿Y si el bajo precio que se ofreció al adquirente fue decisivo para moverle a comprar? Los motivos que movieron a comprar no deben suponer obstáculo para la objetivación del fraude, porque -en todo caso- el patrimonio del comprador experimentó un incremento con el negocio, y sólo a este incremento afectará la rescisión. De admitirse la

⁵⁴ Encontramos dos textos del Digesto que se refirieron a esta cuestión. Se trata de supuestos en que el tercero adquirente es consciente del fraude, y que reproducimos porque ilustran en cierto modo la cuestión. Uno de ellos es de Paulo, y está recogido en D. 42, 8, 7. Dice así: *"Si el deudor hubiere vendido en fraude de los acreedores por menor precio un fundo a un comprador que lo sabía, y luego lo reclamaran aquellos a quienes se les da la acción para revocar la venta, se preguntó, ¿deben restituir el precio? Próculo estima, que de todos modos se ha de restituir el fundo, aunque no se pague el precio; y se resolvió por rescripto conforme a la opinión de Próculo"*. El otro, de Venuleyo, en D. 42, 8, 8, matiza al anterior: *"Se puede colegir de esto, que ciertamente no se le ha de devolver al comprador una porción del precio; pero se puede decir que este asunto ha de ser examinado con conocimiento de causa ante árbitro, a fin de que, si el dinero pagado existiera en los bienes, mande que sea devuelto, porque nadie es defraudado de este modo"* (Versión del Digesto anotada por GARCIA DEL CORRAL, Barcelona, 1892).

evocación, parece que debería permitirse al adquirente optar -como venimos diciendo- entre restituir por el enriquecimiento, o devolver la cosa y que le sea devuelto el precio que pagó por ella, o bien saldar directamente la deuda del transmitente.

IV.3. ¿Y cuando el deudor enajena por el menor precio de los ofrecidos⁵⁵, pero precio equivalente al valor de la cosa? El hecho de que se haya vendido por el menor precio de los ofrecidos es irrelevante a efectos de la objetivación del fraude. No puede alegarse más que la notable diferencia entre el valor real del bien (valor del bien en el mercado) y el precio. Si no existe un desequilibrio manifiesto, no procede la rescisión del contrato oneroso salvo que se pruebe el elemento subjetivo del fraude. Si, por ejemplo, se ofrecieron precios superiores al valor del bien en el mercado, y el deudor optó por contratar con quien ofrecía el valor de mercado, no hay indicios de fraude por ello porque no hay perjuicio. Nadie tiene obligación de incrementar su patrimonio⁵⁶.

IV.4. ¿Qué criterio puede proponerse como parámetro para la objetivación del fraude? Creemos que puede servir aquí la medida prevista para la rescisión por lesión en los contratos celebrados por el tutor o por el representante del ausente (art. 1.291-1º y 2º CC). Se trata de la lesión en más de la cuarta parte, que coincide con la medida de la rescisión por

⁵⁵ La pregunta es formulada por X. D'ORS (*El interdicto fraudatorio en el Derecho Romano Clásico*, Cuadernos del Instituto jurídico español en Roma, nº 25, 1974, págs. 121-122), en torno a la concesión del interdicto fraudatorio y el *iustum pretium* en el Derecho Romano, y se pronuncia el autor en favor de considerar fraudulenta toda venta, siempre que se produzca una lesión a los derechos de crédito de los acreedores y que a la vez el adquirente obrase con *scientia fraudis*.

⁵⁶ La doctrina dominante ha negado siempre que el deudor tenga que aceptar los posibles incrementos de su patrimonio que se le ofrezcan. Las opiniones de algunos autores pueden verse en la obra de MARTIN RETORTILLO, *La lucha contra el fraude civil. (La acción pauliana)* (Bosch c.e., 1943, Capítulo VII).

Ya en Derecho romano se negaba que el deudor insolvente tuviera obligación de incrementar su patrimonio cuando se le presenta la oportunidad. Así se desprende de un texto de Ulpiano en D. 42, 8, 6: "*Mas el que, pudiendo adquirir alguna cosa, no hace por adquirirla, no está comprendido en este Edicto; porque este Edicto se refiere a los que disminuyen su propio patrimonio, no a los que obran de modo que no se hagan más ricos*" (Versión del Digesto anotada por GARCIA DEL CORRAL, Barcelona, 1892).

lesión en la partición hereditaria (art. 1.074 CC)⁵⁷.

IV.5. ¿Qué criterio seguir cuando existe diferencia entre el precio declarado y el precio pactado realmente? A nuestro juicio, debería tenerse en cuenta el precio realmente pagado, ya que lo que pretendemos es que la revocación de lugar a la restitución del enriquecimiento real que al adquirente de buena fe le ha reportado el contrato. Hay que tener en cuenta que es ésta una práctica frecuente de la que no resulta directamente el perjuicio para los acreedores sino para el Fisco. Sin embargo, creemos que los demandados deberán probar que en realidad se pagó más de lo que se declara en la escritura⁵⁸.

V. CONCLUSIONES

En relación con los contratos onerosos, observamos que podrían provocar una lesión del derecho de crédito, con independencia de la buena o mala fe de las partes, cuando un deudor insolvente enajena uno de sus bienes a muy bajo precio. Somos conscientes de que es éste el supuesto más extremo al que puede extenderse la noción de fraude objetivo y, por tanto, el más polémico. No obstante, creemos que una transmisión onerosa de bienes podría calificarse como objetivamente fraudulenta cuando existe un notable desequilibrio entre el valor del bien y el de la contraprestación acordada si -como consecuencia directa de ello- se provoca una lesión al derecho de crédito de los acreedores del transmitente.

⁵⁷ En ocasiones se ha considerado la *partición* como *permuta* que hacen entre sí los coherederos dando uno su derecho sobre las cosas que deja a cambio del que tienen los otros en lo que él toma (así, por ejemplo, el art. 1.420 del Código de la Luisiana). Sin embargo, cuando GARCIA GOYENA comenta en sus *Concordancias...* (II, Madrid, 1852, págs. 277-278) el artículo 924 del Proyecto de 1851, precedente inmediato del actual art. 1.074 CC, critica aquella concepción de la partición, tomada del Derecho romano, que pretendió asimilarla a la venta o a la permuta a fin de emplear el mismo parámetro para la rescisión por lesión (*ultra dimidium*). Y en efecto, el Proyecto de 1851 prevé la rescisión de la partición por lesión en más de la cuarta parte (y no en más de la mitad), criterio que se conservará después en el Código civil.

⁵⁸ A juicio de HERAS HERNANDEZ (*Jurisprudencia comentada*, S.T.S. de 3 de octubre de 1995, R.D.P., 1996, mayo, págs. 405-416, pág. 414), sin embargo, el precio irrisorio de la venta *determina la ausencia del elemento fundamental que impregna este negocio jurídico, cual es la equivalencia de prestaciones* y no puede aducirse que la irregularidad corresponde a la práctica habitual de la diferencia entre el precio escriturado y el real.

El estado actual de nuestro ordenamiento difícilmente nos permite llegar a esta solución, quizás el artículo 622 CC pueda servir como fundamento jurídico, por analogía, pero como tal fundamento es débil. Ahora bien, de admitirse la objetivación, se diría que el contrato impugnado podría revocarse sin necesidad de prueba del *consilium fraudis* en la medida del enriquecimiento. El tercero de buena fe podría también optar por el pago del crédito o por la restitución de las prestaciones al estado inicial (como si no se hubiera contratado). En ningún caso puede quedar perjudicado el tercero más allá de lo que estaría si no se hubiera celebrado el contrato. Como criterio para determinar cuándo la desproporción entre el valor de las recíprocas prestaciones es *notable o manifiesta* y pudiera dar lugar a la revocación por fraude objetivo, podría tomarse el de la rescisión por lesión, en la partición (art. 1.074 CC) o en los contratos realizados por el tutor o por el representante legal del ausente (art. 1.291-1º y 2º CC); es decir, cuando se enajene por precio inferior al menos en una cuarta parte del valor del bien. En caso de equilibrio suficiente (el precio acordado equivale o supera las tres cuartas partes del valor de la cosa) habrá que probar el *consilium fraudis* para conseguir la revocación del contrato.

EL FRAUDE REALIZADO A TRAVES DE LOS ACTOS ABDICATIVOS

- I. Introducción**
- II. Algunas dificultades para una sistematización del tratamiento de los actos abdicativos lesivos del derecho de crédito**
- III. La irrelevancia de la no aceptación de la donación**
- IV. La repudiación de herencia (el artículo 1.001 CC)**
- V. La renuncia al legado**
 - V.1. De la adquisición del legado y la renuncia al legado**
 - V.2. De la renuncia al legado y la tutela del derecho de crédito**
- VI. La renuncia a la prescripción ganada y la no oposición de la facultad de prescripción**
 - VI.1. El artículo 1.397 CC**
 - VI.2. La eficacia de la renuncia a la prescripción ganada**
 - VI.3. Supuestos de prescripción adquisitiva**
 - 3.1. El deudor no opone la prescripción adquisitiva**
 - 3.2. El deudor renuncia a la prescripción adquisitiva ganada**
 - 3.3. Plazos para el ejercicio por los acreedores de la facultad de oponer la prescripción**
 - 3.4. Enajenación del bien no usucapido a un tercero**
 - VI.4. Supuestos de prescripción extintiva**
 - 4.1. Ejecución del crédito prescrito**
 - 4.2. Concurso de acreedores**
 - 4.3. Pago de la deuda prescrita**
- VII. La remisión de deuda y la renuncia al crédito**
 - VII.1. No se identifica la remisión de deuda con la renuncia al crédito**
 - VII.2. La naturaleza y algunos caracteres de la condonación y de la renuncia al crédito**
 - VII.3. Un tratamiento de la condonación lesiva del derecho de crédito. La irrelevancia**

de la renuncia al crédito

VIII. La renuncia a derechos reales

VIII.1. Los actos abdicativos del derecho de propiedad

1.1. Si la cosa abandonada es un bien mueble y ha sido ocupada o si se trata de un bien inmueble

1.2. Si la cosa mueble no ha sido ocupada (*res nullius*)

VIII.2. Los actos de renuncia a otros derechos reales

IX. Conclusiones

I. INTRODUCCION

Decía Pothier que *el deudor pudo renunciar a un derecho adquirido en perjuicio propio, pero no pudo con su renuncia menoscabar el derecho de un tercero*¹. El principio ha sido recogido en nuestro ordenamiento, que garantiza la tutela del derecho de crédito frente a los actos abdicativos del deudor insolvente. Con carácter general, el artículo 6.2 CC establece que no es válida la renuncia a los derechos reconocidos en la ley cuando perjudique a terceros (art. 4 CC antes de la reforma del Título Preliminar²). Estos actos son fraudulentos, pero se distinguen de los actos típicamente impugnables por la pauliana en que

¹ POTHIER; *Tratado de las obligaciones* (1824), en la versión castellana de Dupin-De las Cuevas, Ed. Heliasta, 1978, pág. 444.

² Su precedente lo encontramos en el art. 4º del Proyecto de 1851, pero en él no se hacía alusión a la renuncia lesiva para terceros, reduciéndose el texto a lo siguiente: *"La renuncia de las leyes en general no surtirá efecto. Tampoco lo surtirá la renuncia especial de leyes prohibitivas: lo hecho contra éstas será nulo, si en las mismas no se dispone lo contrario"*.

El art. 4 de la primera redacción del Título Preliminar de nuestro Código civil era, sin embargo, idéntico al 4º del Proyecto de 1882 (SCAEVOLA, *Código civil*, I, 5ª ed., Madrid, 1912, pág. 194). En él ya se tiene en cuenta el perjuicio de terceros: *"Son nulos los actos ejecutados contra lo dispuesto en la ley, salvo los casos en que la misma ley ordene su validez. / Los derechos concedidos por las leyes son renunciabiles, a no ser esta renuncia contra el interés o el orden público, o en perjuicio de tercero"*. En cuanto a este último párrafo, SCAEVOLA (*Código civil*, I, 5ª ed., Madrid, 1912, págs. 203-204) interpreta que lo que quiere expresar en realidad es que hay derechos renunciabiles y derechos irrenunciabiles y, en cuanto al tercero, que sería arbitrario hacerle experimentar los efectos de una renuncia que de ordinario desconocería. Tales renunciaciones tendrían casi siempre por objeto defraudar a los acreedores, y a evitar esto es precisamente a lo que la ley aspira.

En la nueva redacción del Título Preliminar (Decreto 1836/1974 de 31 de mayo), el párrafo 2º del art. 6 CC supuso alguna modificación del antiguo art. 4 CC, si bien el contenido del precepto es el mismo.

aquí no hay un tercero vinculado jurídicamente con el deudor³.

A diferencia de los actos de renuncia, no ofrece nuestro sistema ningún tipo de protección frente a aquellas manifestaciones de voluntad por las que el deudor rechaza una adquisición que se le ofrece y a la que no tenía derecho⁴. Del Derecho romano se hereda la regla de que el deudor insolvente no está obligado a enriquecer su patrimonio para hacer efectivo el pago de sus créditos⁵.

³ El conflicto de intereses a que da lugar la enajenación fraudulenta no se produce necesariamente entre el acreedor y el tercero adquirente; puede también producirse entre aquél y un tercero que se ve beneficiado por el acto sin intervenir en él. Tal es el caso de la renuncia de derechos hecha por el deudor insolvente (en este sentido, MORALES MORENO, *Enajenaciones de bienes en fraude de acreedores*, conferencia inédita de 25 de marzo de 1992 en el seminario sobre *Problemas jurídicos de los actos en fraude de acreedores*, organizado por Management Forum España, S.A.).

⁴ En cuanto a las omisiones de adquirir bienes a los que se tenía derecho, CRISTOBAL MONTES (*La vía pauliana*, Tecnos, 1997, pág. 109) señala que no son impugnables por la acción revocatoria ordinaria *no porque se trate de actos inherentes a la persona del deudor* sino porque no son actos de disposición. En esos casos señala que sería procedente el ejercicio de la acción subrogatoria. Sin embargo, nos sorprende que considere que no se observan objeciones al ejercicio de la subrogatoria por parte de los acreedores para aceptar la donación que se le ofrece al deudor.

⁵ Como explica PUIG PEÑA (*Teoría de la acción pauliana*, R.D.P., 1945, pág. 484), la cuestión ha sido muy discutida. El Derecho romano excluía de la Pauliana aquellos casos en los que el deudor se niega a aceptar ciertos aumentos en su patrimonio. (...). Un gran sector de la doctrina posterior se adscribió a esta solución (...). Pero posteriormente, sobre todo a partir de DEMOLOMBE, gran número de tratadistas se inclinan por la solución contraria, (...). No obstante, el siguiente texto de COLIN y CAPITANT (*Curso elemental de Derecho civil*, traducción de la 2ª ed. francesa por la R.G.L.J. con notas de De Buen, 4ª ed. española, III, I.E. Reus, 1960, pág. 95) sirve como muestra de cómo en Francia se sigue en este punto el Derecho romano: "*La acción pauliana sólo se aplica a los actos de empobrecimiento. Por consiguiente, no afecta a los actos en virtud de los que el deudor ha omitido o se ha negado a enriquecerse. Esta regla tradicional tenía en el Derecho romano una importancia considerable (...)*".

Tampoco en Alemania se ha admitido la impugnación pauliana del acto por el que el deudor rehusa simplemente una adquisición (KIPP, *Impugnación de los actos "in fraudem creditorum"*, en *Derecho romano y en el moderno Derecho alemán*, con referencia al Derecho español, R.D.P., 1924, págs. 1-23, pág. 14).

GOMEZ DE LA SERNA (*La ley hipotecaria, comentada y concordada...*, Madrid, 1862, pág. 676) cita en este sentido una regla de Ulpiano recogida en el Digesto, "*Non fraudantur creditores, cum quid non acquiritur a debitore: sed cum quid de bonis diminuitur*", y comenta: "*En efecto, lo que no adquiere el deudor, no puede decirse que disminuye su fortuna, ni que es un fraude a los acreedores que no debían contar con lo que*

Tomando estos dos aspectos como punto de partida (tutela del crédito frente a los actos abdicativos, de un lado, e inexistencia de la obligación del deudor de incrementar su patrimonio, de otro), se hace necesario distinguir también entre los actos de renuncia a derechos con un claro contenido patrimonial (por ejemplo, la renuncia al usufructo) y el no ejercicio de una facultad (por ejemplo, quien siendo llamado repudia la herencia; o quien no opone la prescripción ganada). También frente a estos últimos el legislador ha optado en ocasiones por proteger expresamente a los acreedores (arts. 1.001 y 1.937 CC), distanciándose así del criterio romano. Pero no siempre será sencillo distinguir estos supuestos, que dejan cauce a la intervención del acreedor porque afectan al patrimonio del deudor (art. 1.911 CC), de aquellos otros en que simplemente se manifiesta una voluntad de no adquirir (como en la no aceptación de la donación) frente a la que no merece protección el acreedor⁶. Por ejemplo, supongamos que el deudor renuncia a un premio de la lotería

realmente no constituía la fortuna del que les estaba obligado".

MARTIN RETORTILLO (*La lucha contra el fraude civil, (la acción pauliana)*, Bosch, 1943, pág. 48) señala que *siguiendo la tradición romana, algunos autores sólo conceden la Pauliana contra las enajenaciones y efectivas disminuciones activamente causadas por el deudor en su patrimonio, pero no cuando se negase a aceptar ciertos aumentos en el mismo.*

⁶ ESPIN (*Manual de Derecho civil español*, III, Madrid, 1970, pág. 323) opina que, en lo relativo a los actos impugnables por la acción pauliana, *el punto tal vez más discutido es el de la posibilidad de impugnar aquellos actos que no implican un empobrecimiento del patrimonio del deudor, sino una falta de enriquecimiento, como ocurre con las renunciaciones u omisiones que producen la no adquisición de un derecho para dicho patrimonio.*

PUIG PEÑA (*Compendio de Derecho civil español*, III-1, Nauta, 1966, pág. 250) explica algunos aspectos de la polémica: *en cuanto a aquellos actos del deudor que suponen una renuncia a su enriquecimiento, algunos tratadistas han entendido que como "del cumplimiento de sus obligaciones responde el deudor con todos sus bienes presentes y futuros", no cabe duda que aquél, al contraer la obligación, afectaba no sólo al patrimonio actual, sino al que pudiera sobrevenir.*

En este sentido, CASTAN (*Derecho civil español*, III, 16ª ed., Reus, 1992, pág. 332) afirma que frente a la doctrina anterior, *hoy parece tener más partidarios la opinión contraria, que estima que también los actos del deudor que supongan una renuncia a su enriquecimiento, cuando sean fraudulentos, pueden impugnarse por la acción revocatoria, siempre, claro es, que no se refieran a derechos exclusivamente ligados a la persona. La cuestión queda abierta y requiere el estudio de los distintos supuestos.*

¿puede impugnarse la renuncia al premio?⁷

II. ALGUNAS DIFICULTADES PARA UNA SISTEMATIZACION DEL TRATAMIENTO DE LOS ACTOS ABDICATIVOS LESIVOS DEL DERECHO DE CRÉDITO

En un intento de ordenar o sistematizar el tratamiento de los actos de renuncia por los que el deudor provoca directamente un perjuicio al derecho de sus acreedores, tropezamos con las siguientes dificultades:

1ª. La pluralidad de los remedios, generales o especiales, que ofrece nuestro ordenamiento. El artículo 6.2 CC, cuyo objeto no está claro⁸, parece recoger un principio

⁷ ¿Podríamos considerar fraudulenta la renuncia al premio de lotería hecha por un deudor insolvente? Dice FERRARA (*La acción pauliana*, R.D.P., XV, 1928, pág. 137) que nunca es fraudulenta la renuncia a un premio de la lotería. Pero esta opinión nos parece discutible si consideramos que desde que se compró el boleto nació del contrato aleatorio el derecho a percibir la cantidad, sometido a la condición incierta de que coincida el número del boleto con el número premiado. Cumplida la condición, el comprador del boleto es acreedor del premio, y si renuncia a él no está omitiendo una adquisición, sino realizando un acto de disposición de un derecho de contenido patrimonial. No obstante, habrá que estar en cada caso a las reglas del juego: por ejemplo, se resolvía por sentencia del Tribunal Supremo de 24 de noviembre de 1992 un caso relativo a la venta de un número de la Lotería Primitiva. La empresa receptora de los boletos, *comisionista dedicado a la comercialización de la Lotería Primitiva*, no tramitó el de la demandante, que resultó ser el número premiado. Según las reglas de funcionamiento de la Lotería Primitiva, publicadas en el B.O.E., sólo se perfecciona el contrato una vez que se tramita ante el Organismo Nacional de Loterías y Apuestas del Estado. Se plantea el conflicto a efectos de determinar si el adquirente del número premiado puede exigir el cobro del receptor del boleto, que es el representante de los concursantes (vease el comentario a la sentencia en *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia civil*, 31, nº 812, enero/marzo 93, por R. BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO).

⁸ BATLLE VAZQUEZ (*Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, I, Edersa, 1978, art. 6, pág. 110; también en los *Comentarios a la reforma del Título Preliminar del Código civil*, pág. 110, citado en este último trabajo por CASTELLO SAEZ, *Cuestiones sobre la renuncia de derechos y la exclusión voluntaria de la ley*: (...), *Revista General de Derecho*, 1995, págs. 49-58, pág. 58) opina que en el artículo 6.2 CC, el legislador se refiere a aquellos casos en que la renuncia supone el desconocimiento del derecho ajeno como ocurre en la renuncia a la patria potestad, o cuando se produce lesión a un derecho de otro, que en virtud de la renuncia no podría hacerse efectivo, como sucede en la renuncia hecha en fraude de acreedores.

general. Los artículos 1.001 y 1.937 CC, previstos para dos supuestos particulares, sugieren un fin de cuestiones. Todo ello, junto al régimen de la acción pauliana (art. 1.111 CC), y en su caso el Derecho foral⁹. Según algunos autores, el tratamiento de los actos de renuncia en perjuicio de acreedores escapa al ejercicio de la acción pauliana (el acto es válido pero revocable) y es objeto simplemente del régimen del art. 6.2 CC (el acto no es válido). En este sentido se han pronunciado, por ejemplo, De Buen¹⁰ y Roca Sastre¹¹. Sin embargo,

GULLON BALLESTEROS (*Comentario del Código civil*, I, Ministerio de Justicia, 1993, art. 6, págs. 34-35) indica que pueden constituir objeto de la renuncia tanto *derechos subjetivos de los que sea titular el renunciante*, como *derechos potestativos o facultades de configuración jurídica* (...), *los derechos eventuales* (...), *las excepciones que se posean para enervar la reclamación de un acreedor o reducir su pretensión*. Y, frente a estos derechos renunciables contraponen otros que serían irrenunciables conforme al art. 6 CC: *"Son, por el contrario, irrenunciables las situaciones de poder que constituyan al mismo tiempo un deber jurídico (patria potestad, etc.), y las facultades jurídicas que carecen de independencia por estar unidas a una situación jurídica principal (p.ej., la de usar y gozar de la cosa por su propietario)"*. A diferencia de la opinión de Batlle Vázquez que acabamos de exponer, no puede deducirse del comentario de Gullón que el art. 6 CC esté pensado para supuestos como la renuncia en fraude de acreedores.

⁹ En opinión de ROCA SASTRE (*La acción revocatoria de donaciones en la Compilación*, A.D.C., 1962, págs. 3-17, pág. 13) el artículo 340-3 de la Compilación catalana, relativo a las donaciones en perjuicio de acreedores, hay que interpretarlo extensivamente y estimar que es aplicable a toda disposición a título gratuito. Y añade: *"Las renunciaciones de derechos, por ejemplo, se equiparan a las donaciones en este punto. Pero la repudiación de herencia y la renuncia a la prescripción ganada no entran en el campo de la acción revocatoria, por ser objeto de tratamiento especial, respectivamente contenido en los artículos 1.001 y 1.937 del Código civil"*.

¹⁰ DE BUEN, en las notas al *Curso elemental de Derecho civil* de Colín y Capitant (4^a ed., III, Reus, 1960, págs. 149-150), al estudiar el fraude se manifestaba a favor de una doctrina especial para el tratamiento de los actos de renuncia, cuyo principio fundamental está establecido en el artículo 4^o del Código civil (actualmente art. 6 CC). Al referirse el artículo al perjuicio de terceros sin mencionar el fraude, queda demostrado que para impugnar la renuncia basta con probar el perjuicio. Añade: *"A la misma conclusión conducen otros artículos del Código civil, como el 1.001, (...) y el 1.937, (...)"*. Y concluye: *"la doctrina relativa a las renunciaciones no la creemos aplicable a las demás disposiciones hechas a título gratuito"*. Para estas últimas se presume el fraude (art. 1.297 CC).

¹¹ También ROCA SASTRE (*La acción pauliana y el artículo 37 de la ley hipotecaria*, en la *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, XI, 1935, pág. 512), con De Buen, estimaba de aplicación a las *renunciaciones perjudiciales a los acreedores* (...) algo distinto de la acción pauliana, derivado del artículo 4^o del Código civil (art. 6 CC, tras la reforma del Título Preliminar del Código civil en 1974).

a juicio de otros autores los actos de renuncia se pueden impugnar por la vía de la acción pauliana (por ejemplo, Cristóbal Montes¹², Moreno Quesada¹³, Scaevola¹⁴; o, en Francia, Colin y Capitant¹⁵). En nuestra opinión, siguiendo al Profesor Díez-Picazo, los actos de renuncia de derechos pueden tratarse como las enajenaciones en fraude de acreedores, *por vía de interpretación extensiva*¹⁶, porque aunque en los actos de renuncia el tercero no es parte en el negocio fraudulento, el conflicto de intereses se plantea en ambos casos entre el acreedor y un tercero beneficiado por el acto.

2ª La segunda dificultad con que nos encontramos en un intento de sistematizar el tratamiento del fraude en los actos abdicativos, es la diversidad de objeto y efectos de cada acto de renuncia o repudiación (renuncia a derechos subjetivos, reales o de crédito; renuncia a facultades). Piénsese, por ejemplo, en la repudiación de herencia, o en la renuncia al legado, y en su contraste con la no aceptación de la donación (que no es un

¹² CRISTOBAL MONTES; *La vía pauliana*, Tecnos, 1997, pág. 112.

¹³ MORENO QUESADA (*Comentario del Código civil*, II, Ministerio de Justicia, 1993, art. 1.291, pág. 525; y en los *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, Edersa, XVII-2º, 1981, art. 1291, págs. 102 y 193) cita, entre los actos revocables, las *renuncias*. Y, siguiendo a De Castro, estima que son revocables por lucrativos los actos de *renuncia a la herencia, a la prescripción y a los derechos reales, perdón de deudas, pago de deudas prescritas* (*Comentarios...*, Edersa, XVII-2º, 1981, art. 1.297, pág. 193).

¹⁴ SCAEVOLA (*Código civil*, XX, Madrid, 1904, pág.902) afirmaba en este sentido al comentar el artículo 1.291-3º CC lo siguiente: "*para pasar a la explicación de las frases que emplea el Código en este número 3º, advertiremos que no se trata sólo de la enajenación en sentido de venta, sino por vía de donación y de cesión, y también, como indica el artículo 39 de la Ley Hipotecaria, de constitución o de renuncia de derechos*". Así, los Jueces y Tribunales deberán apreciar el fraude juzgando, *en primer lugar, los hechos mediante los cuales se realiza la enajenación o la renuncia de bienes o derechos con que se contaba* (pág. 909).

¹⁵ COLIN y CAPITANT (*Curso elemental de Derecho civil*, traducción de la 2ª ed. francesa por la R.G.L.J., con notas de De Buen, 4ª ed. española, III, I.E. Reus, 1960, pág. 91). partidarios de un concepto subjetivo del fraude, se oponen a aquellos autores que han visto en la regulación de los supuestos de renuncia al usufructo, a la herencia, o a la sustitución (artículos 622, 788 y 1053 del *Code*) un apoyo para negar el requisito subjetivo del fraude para la impugnación de los actos gratuitos. No obstante, parecen aceptar que tales actos de renuncia son impugnables mediante la acción pauliana siempre y cuando de ello resulte un empobrecimiento del deudor insolvente (pág. 91, en relación con la pág. 95).

¹⁶ DIEZ-PICAZO; *Fundamentos...*, II, Cívitas, 4ª ed., 1993, pág. 736.

acto abdicativo); o bien podemos pensar en la remisión de deuda o condonación, en la renuncia a la prescripción ganada (a la adquisitiva, o a la extintiva), o al derecho de usufructo que convierte en propietario pleno al nudo propietario; o pensemos, por último, en la renuncia liberatoria, por la que el comunero pretende evitar las obligaciones *propter rem* derivadas de su condición de copropietario renunciando a su parte.

Por estas razones, hemos considerado que la parte del estudio de la objetivación del fraude referida a los actos abdicativos requiere el análisis detenido de cada uno de los supuestos de lesión del derecho de crédito, al menos de los más representativos. Sólo entonces, a la luz de las soluciones que aporta nuestro ordenamiento para cada caso, podremos extraer criterios de carácter general.

III. LA IRRELEVANCIA DE LA NO ACEPTACION DE LA DONACION

La oferta de donación no supone un incremento patrimonial, ni siquiera indirecto, para el potencial donatario¹⁷. En consecuencia, la no aceptación de la donación no altera en nada la garantía patrimonial de sus acreedores; es más, mientras la oferta permanezca, la no aceptación o el rechazo de la donación no produce ningún efecto jurídico. El único elemento relevante es la voluntad del donante de mantener o de retirar su oferta, y esta voluntad es ajena a la esfera patrimonial del potencial donatario mientras no acepte. No existe fraude cuando el deudor se niega a aceptar la donación, porque no hay *eventus damni*. Por la misma razón no procede el ejercicio de la acción pauliana cuando el deudor insolvente se niega a aceptar la donación¹⁸.

¹⁷ No puede hablarse de un *derecho* a aceptar, sino de la mera posibilidad que se le ofrece de consentir la donación. Por esta misma razón los acreedores no pueden aceptar la donación en lugar del deudor por la vía de la acción subrogatoria (art. 1.111 CC).

¹⁸ COLIN y CAPITANT (*Curso elemental de Derecho civil*, traducción de la 2ª ed. francesa con notas de De Buen publicada por la R.G.L.J., III, 4ª ed., I.E. Reus, 1960, págs. 95-96) ponen de manifiesto que entre los actos que suponen una *negativa de enriquecimiento* y, por tanto, no son impugnables por la pauliana, *sólo puede citarse la negativa, por parte del deudor, a aceptar una oferta de donación que le haya sido hecha*.

GIMENEZ ARNAU (*La acción pauliana y la Ley hipotecaria*, conferencia en la Academia Matritense del Notariado, 2 marzo 1949, resumen del propio conferenciante publicado en el artículo *Tercero y fraude en el Registro de la propiedad*, de Núñez Lagos,

IV. LA REPUDIACION DE HERENCIA¹⁹

Distinto de la no aceptación de la donación es la repudiación de herencia. Aquí se abandona la regla romana que excluía este acto de los revocables por entender que nadie está obligado a enriquecerse, y se permite que los acreedores intervengan en defensa de su derecho de crédito por el artículo 1.001 CC²⁰. Este precepto protege a los acreedores perjudicados por el acto de repudiación articulando una medida reparadora del daño:

"Si el heredero repudia la herencia en perjuicio de sus propios acreedores, podrán estos pedir al Juez que los autorice para aceptarla en nombre de aquél./ La aceptación sólo aprovechará a los acreedores en cuanto baste a cubrir el importe de sus créditos. El exceso, si lo hubiere, no pertenecerá en ningún caso al renunciante, sino que se adjudicará a las personas a quienes corresponda según las reglas establecidas en este Código".

De este artículo se ha dicho que *plantea uno de los problemas más interesantes*

en la R.G.L.J., 1950, pág. 565) refiriéndose a la acción pauliana como *institución de derecho consuetudinario*, explica que se aplicó siempre *que existiera un desplazamiento patrimonial (...) que produjera un perjuicio a los acreedores: (...). Pero no se aplicó la rescisión por fraude a las omisiones, porque si la renuncia a un derecho ya adquirido disminuye la garantía actual del acreedor, la renuncia a adquirir no disminuye el patrimonio ni la garantía que ya tenía el titular del crédito.*"

¹⁹ Nos referimos en este apartado a la mera repudiación de herencia. Quedan excluidos los supuestos de renuncia onerosa de la herencia, o renuncia gratuita a beneficio de uno o más de los coherederos. Estos actos serán impugnables por las reglas generales de la impugnación por fraude ya que el Código civil no los considera como *renuncia* sino como aceptación de la herencia (art. 1.000 CC). No así la renuncia gratuita hecha en favor de todos los coherederos *a quienes debe acrecer la porción renunciada*, pues se estima verdadera renuncia (art. 1.000-3º CC).

²⁰ El origen del precepto no se encuentra en el Derecho romano, que consideró el supuesto como la omisión de una adquisición y le dio así el mismo tratamiento que a la no aceptación de la donación (LAURENT, *Principes de Droit civil*, IX, 1873, en relación con el art. 788 *Code civil* francés, del que tomamos el nuestro, págs. 544-545; GARCIA GOYENA, *Concordancias...*, II, 1852, en el comentario al art. 831 del Proyecto de 1851, pág. 218; SCAEVOLA, *Código civil...*, XVII, Madrid, 1900, art. 1.001, pág. 455; DIEZ-PICAZO, *La aceptación de la herencia por los acreedores del heredero* (A.D.C., 1959), en los Estudios de Derecho Privado, Cívitas, 1980, págs. 381-386; GITRAMA, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, XIV-1º, Edersa, 1989, art. 1.001, pág. 231-232, el autor da una posible explicación sobre cómo pasó a ser tratado como un supuesto de enajenación).

curiosos de todo el Derecho Civil por encontrarse en un punto donde entran en colisión los principios que rigen la sucesión hereditaria con los que dominan el Derecho patrimonial o de bienes²¹. En efecto, en él se descubre la primacía del interés de los acreedores del llamado sobre los principios propios del Derecho de Sucesiones; el precepto legal admite la intromisión de un tercero ajeno al caudal hereditario en las operaciones dirigidas a la distribución del mismo. En cuanto al origen de la norma, Scaevola nos remite al art. 1.013 del Proyecto de 1882 que es *muy semejante* a la redacción actual, y al artículo 831 del Proyecto de 1851, del que es *análogo en el fondo*²². El artículo 831 del Proyecto de 1851 empleaba una redacción que admitía la concesión a los acreedores de la facultad de aceptar en nombre de su deudor también cuando éste hubiese repudiado la herencia a título oneroso. El texto es el siguiente:

"Si el heredero, aún sin mediar precio, repudia en fraude de los acreedores, pueden estos pedir al juez que les autorice para aceptar la herencia a beneficio de inventario, representando al primero./ En este caso la aceptación solo aprovechará a los acreedores para el pago de sus créditos, pero no al heredero que repudió".

Pero nuestro artículo 1.001 CC, más que al artículo 831 del Proyecto de 1851, se parece al artículo 788 del Código civil francés, cuyo texto es el que sigue:

"Les créanciers de celui qui renonce au préjudice de leurs droits, peuvent se faire autoriser en justice à accepter la succession du chef de leur débiteur, en son lieu et place. / Dans ce cas, la renonciation n'est annulée qu'en faveur des créanciers, et jusqu'à concurrence seulement de leurs créances: elle ne l'est pas au profit de l'héritier qui a renoncé".

Es el legislador francés el que se desvía del Derecho romano para adoptar esta fórmula de tutela del derecho de crédito frente a la repudiación de herencia; el art. 788 ha

²¹ DIEZ-PICAZO; *La aceptación de la herencia por los acreedores del heredero*, en Estudios de Derecho Privado (Civitas, 1980, págs. 379-437, págs. 379-380). Explica que en el artículo 1.001 CC se cruzan las normas básicas del Derecho de obligaciones, que marcan la amplitud y extensión del poder de los acreedores, con las normas estrictas del Derecho Sucesorio (pág. 381).

²² SCAEVOLA; *Código civil...*, XVII, Madrid, 1900, pág. 454.

ido copiado después por casi todos los Códigos modernos (Scaevola²³). La razón que justifica la ruptura con la doctrina del Derecho romano es la consideración del momento en que el llamado adquiere derechos sobre la herencia: en Derecho romano no los adquiere hasta el momento de la aceptación; sin embargo, conforme al Derecho francés vigente tras la codificación el heredero adquiere derechos de contenido patrimonial sobre la herencia desde que fallece el causante y, así, de él depende la conservación de éstos o el desprenderse de ellos. En este último caso, se admite la acción pauliana frente al acto de disminución patrimonial (Donnier²⁴, Colin y Capitant²⁵). El Profesor Díez-Picazo ha localizado en la *Coutume de Normandie de 1583 un precedente del precepto francés*²⁶.

Como en Francia, también en nuestro ordenamiento está justificada la acción del artículo 1.001 CC. El llamado, que tiene siempre derecho a repudiar la herencia (art. 988 CC), no podrá revocar su renuncia una vez hecha (art. 997 CC). A diferencia de la no aceptación de la donación, el acto de repudiación de herencia sí produce *ex lege* determinados efectos jurídicos²⁷: el renunciante pierde su derecho a la herencia, se considera *como nunca*

²³ SCAEVOLA; *Código civil*, XVII, Madrid, 1900, pág. 455.

²⁴ DONNIER; *Juris Classeur*, civil, 8, 1980, 1.

²⁵ Así interpretan el precepto francés COLIN y CAPITANT (*Curso elemental de Derecho civil*, traducción de la 2ª ed. francesa, con notas de De Buen, 4ª ed. española publicada por la R.G.L.J., III, I.E. Reus, 1960, pág. 95): el heredero que renuncia a la herencia se empobrece, su acto es, pues, impugnabile por medio de la acción pauliana.

²⁶ DIEZ-PICAZO; *La aceptación de la herencia...*, A.D.C./1959, publicado en los Estudios de Derecho Privado, Cívitas, 1980, págs. 379-437, págs. 385-386.

²⁷ Aunque en Derecho romano se trataron de igual modo, como omisiones excluidas del ámbito de la acción pauliana, la repudiación de herencia sigue hoy un régimen distinto. No coincide ya con la *omissio* (aquellas conductas del deudor que implicaban cerrar su patrimonio a un posible enriquecimiento), porque del acto de repudiación se derivan efectos jurídicos lesivos del interés de los acreedores, mientras que no ocurre así con las meras omisiones (por ejemplo, la no aceptación de la donación), que no producen en sí ningún efecto. El llamado a heredar adquiere un derecho (a aceptar o repudiar); si repudia, no sólo no adquiere, sino que deja de ser llamado y se considera que la delación hereditaria nunca existió (GALVAN GALLEGOS; *El destino de la herencia repudiada*, R.D.P., 1995, octubre, págs. 899-923, pág. 900). Además, ese *ius delationis* supone ya un relativo valor patrimonial atribuido *ex lege* al llamado a la herencia, pues la titularidad de los bienes que la integran se encuentra vacante o en situación jurídica de pendencia (a diferencia, de nuevo, con la no aceptación de la donación). Así, la repudiación, en cierto modo, supone una pérdida de carácter patrimonial para quien estaba llamado, si el activo hereditario superaba al pasivo.

llamado con la consiguiente vacante en la titularidad jurídica que, por acrecimiento, supondrá una expansión en la titularidad de los demás²⁸, unas veces (art. 982 CC), o el llamamiento de los herederos *ab intestato*, otras. La única razón capaz de justificar semejante interferencia de los acreedores es considerar que, desde el momento de la muerte del causahabiente surge *ex lege* un derecho en favor del llamado (*ius delationis*)²⁹ y, por tanto, se incrementa en cierto sentido la garantía con que cuentan los acreedores para el cobro de sus créditos (art. 1.911 CC)³⁰. Esto ha llevado a afirmar que el fundamento del ejercicio de la acción es el principio de responsabilidad patrimonial (O'Callaghan³¹). Para otros el fundamento está en la obligación del deudor de conservar la solvencia de su patrimonio

En Alemania, por ejemplo, no se admite la impugnación de la repudiación de herencia por fraude de acreedores. Y, aun así, *conceptualmente* se reconoce -dice KIPP- que *en estos casos el deudor se desprende de una parte de su patrimonio, la que provisionalmente le correspondiese como heredero (Impugnación de los actos "in fraudem creditorum", en Derecho romano y en el moderno Derecho alemán, con referencia al Derecho español, R.D.P., 1924, págs. 1-23, pág. 14).*

²⁸ BELTRAN DE HEREDIA, *Comentario del Código civil*, I, Ministerio de Justicia, 1993, art. 982, pág. 2.341.

²⁹ Así lo define JORDANO FRAGA (*Los acreedores del llamado a una sucesión "mortis causa", ante el ejercicio por éste del "ius delationis"*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 1996, pág. 19): "*La delación sucesoria entraña, en sustancia, una oferta adquisitiva. En su virtud, al delado se le inviste de la facultad de optar, a su elección, entre adquirir la herencia deferida o rechazar su adquisición. Junto a esta facultad fundamental de opción (aceptar/repudiar; adquirir/no adquirir), la delación (ius delationis, ius adeundi) entraña un conjunto de facultades y poderes complementarios (...).*"

³⁰ LAURENT (*Principes de Droit civil*, IX, 1873, pág. 545) afirma que la aceptación por los acreedores de la herencia repudiada por su deudor insolvente, está justificada porque hoy se admite el principio según el cual se produce la transmisión de las sucesiones, de pleno derecho y por imperativo de la ley, desde que se abre la herencia, por lo que la renuncia a la misma supone un empobrecimiento y privar a sus acreedores de una parte de su garantía. Esto lleva al autor a afirmar: "*donc les créanciers doivent avoir l'action paulienne*".

³¹ En el comentario del art. 1.001 CC publicado por el Ministerio de Justicia (*Comentario del Código civil*, I, 1993, pág. 2375), X. O'CALLAGHAN señala que el fundamento de la presente norma es el principio de responsabilidad universal (...). De todo ello deriva esta facultad que el art. 1.001 concede al acreedor para impedir que un acto voluntario y libre del deudor evite el aumento de su patrimonio por razón de una herencia a él diferida.

(Lacruz³²); o en ambos deberes (Díez-Picazo³³). También hay quienes sostienen que la acción se funda en el principio que prohíbe la renuncia de derechos en perjuicio de tercero (art. 6.2 CC), como Manresa³⁴; o en este principio y en el de responsabilidad patrimonial (Gitrama³⁵). A juicio de otros autores es la exigencia de la buena fe en el ejercicio de los derechos lo que sostiene a la acción (García Goyena al interpretar la intención del legislador francés³⁶), o la equidad y que incluso no está suficientemente justificada conforme a la equidad (Scaevola³⁷). Jordano Fraga niega que la repudiación de herencia suponga una

³² LACRUZ (*Elementos...*, V, *Derecho de Sucesiones*, LB, 1988, pág. 100) sostiene que la acción del art. 1001 se funda en la obligación genérica de mantener la propia solvencia. Y añade que el llamado tiene, con el *ius delationis*, la posibilidad inmediata de conseguir la herencia, y si está cargado de deudas no puede despreciarla, porque ha de respetar el interés de sus acreedores. Coincidimos con Lacruz cuando afirma al explicar la naturaleza y fundamento de esta acción que los acreedores deben estar en situación de impedir los efectos dañosos (para ellos) de una renuncia que, al provenir de un insolvente, fácilmente puede ocultar un acuerdo entre éste y los herederos de ulterior grado para sustraer el caudal relicto al pago de deudas, sirviendo dichos herederos de simples testaferros.

³³ El Profesor DIEZ-PICAZO, en su trabajo *La aceptación de la herencia por los acreedores del heredero* (A.D.C., 1959, publicado en los Estudios de Derecho Privado, Civitas, 1980, págs. 379-437, pág. 392), señala junto al principio de responsabilidad patrimonial como fundamento de la acción el derecho de los acreedores a la solvencia del patrimonio del deudor. Y añade que esta es la razón de que los ordenamientos jurídicos positivos hayan establecido, junto a las formas específicas de garantía, una serie de medidas en favor de los acreedores tendentes a asegurar la solvencia del deudor.

³⁴ MANRESA; *Comentarios al Código civil español*, VII, Madrid, 1900, art. 1.001, pág. 360.

³⁵ GITRAMA; *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, XIV-1º, Edersa, 1989, art. 1.001, pág. 234.

³⁶ GARCIA GOYENA (*Concordancias...*, II, Madrid, 1852, pág. 218), al comentar el precedente del art. 1.001 CC (art. 831 del Proyecto de 1851), explica que el sólo motivo que se da para este artículo en el discurso francés, número 52, es que la buena fe debe ser la base de todos los actos, y que probablemente el deudor recibirá en secreto algún precio por repudiar.

³⁷ SCAEVOLA (*Código civil*, IX, Madrid, 1900, art. 1.001, pág. 455), a la vista de los intereses en conflicto (el interés de los acreedores del llamado y el de las personas llamadas por ley a suceder en su lugar) considera que el artículo se justifica (...) solamente por una consideración de pura equidad; y como esta equidad se introduce en menoscabo de otros derechos y de otros principios establecidos, pensamos -dice- que no tiene en general el precepto tanta justificación (...).

merma patrimonial que justifique el ejercicio de la acción y viene a decir que con ésta se ha querido evitar el perjuicio que supone que el deudor desaproveche la oportunidad de incrementar su patrimonio³⁸. Esta pluralidad de opiniones en torno a cual sea el fundamento de la acción conduce lógicamente también a una incertidumbre en relación con su naturaleza³⁹ y régimen jurídico para su ejercicio.

Ya hemos ido viendo que algunos autores franceses no parecen encontrar dificultad en admitir que se trata de la acción pauliana (Donnier, Colin y Capitant) así como el belga Laurent⁴⁰. Sin embargo, técnicamente no sería suficiente una pauliana para lograr los efectos que se pretenden, porque junto a la impugnación del acto de renuncia se requiere el acto posterior de aceptación de la herencia en nombre del deudor para que los acreedores

³⁸ JORDANO FRAGA (*Los acreedores del llamado a una sucesión "mortis causa", ante el ejercicio por éste del "ius delationis"*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 1996, pág. 17), que se ha propuesto el estudio de *la acción que el artículo 1.001 Cc. atribuye a los acreedores del llamado a una herencia que la repudia*, señala que en este caso, *el perjuicio que experimentan los acreedores del deudor repudiante es peculiar; no se trata del empeoramiento o deterioro de las condiciones de garantía patrimonial que ofrece ese deudor, sino de haber desaprovechado una clara y fácil -bastaba con aceptar la herencia deferida- oportunidad de mejorarlas: de incrementar su activo patrimonial. La peculiaridad de este perjuicio obligó históricamente a la creación de una acción ad hoc para afrontarlo, la contenida actualmente en los artículos 1001 Cc. y 23 del Código de Sucesiones de Cataluña.*

³⁹ La naturaleza de la acción es discutida. Sobre las distintas teorías puede verse, por todos, el trabajo del Profesor Luis DIEZ-PICAZO, *La aceptación de la herencia por los acreedores del heredero* (A.D.C., 1959, recogido en los Estudios de Derecho Privado, págs. 379-437, especialmente sobre las distintas teorías sobre la naturaleza de la acción, págs. 396-415). Toma nota de la pluralidad de opiniones al respecto, O'CALLAGHAN (*Comentario del Código civil*, I, Ministerio de Justicia, 1993, art. 1.001, pág. 2375).

⁴⁰ LAURENT (*Principes de Droit civil*, IX, 1873, págs. 542-544) planteaba la cuestión, ¿se trata de una acción pauliana, o de una subrogatoria, o de una acción mixta?, y se pronuncia en favor de estimar que la acción tiene la misma naturaleza de la pauliana, si bien se distingue de ella en que los bienes no son reintegrados directamente en el patrimonio del deudor sino que es preciso que el juez autorice a los acreedores para aceptar en nombre de aquél; y que en ningún caso tiene la naturaleza de la subrogatoria, puesto que los acreedores no están ejercitando una acción de su deudor, esto es imposible ya que el llamado que renuncia jamás será heredero, pierde su derecho (art. 785 Code). Por esta razón la ley exige que intervenga el juez autorizando a los acreedores para aceptar; pero esta aceptación -añade el autor- es ficticia: *"dans le cas de l'article 788, tout est fiction: des créanciers exercent un droit héréditaire qui n'existe plus; les biens provenant de la succession appartiennent aux créanciers, ce qui suppose qu'ils appartiennent aux créanciers, ce qui suppose qu'ils appartiennent à leur débiteur, et cependant celui-ci n'y a aucun droit"*.

accedan a los bienes. De hecho, nuestra doctrina sólo en ocasiones interpreta que la acción del artículo 1.001 CC es la acción pauliana (en este sentido, García Goyena⁴¹, De Castro⁴² y Orduña Moreno⁴³). A veces se ha interpretado que se trata de una yuxtaposición de las acciones subrogatoria y pauliana (Gitrama⁴⁴; posiblemente, Manresa⁴⁵), o que es otra acción distinta de ellas (Lacruz⁴⁶). A juicio del Profesor Díez-Picazo, puede descartarse tanto que se trate de la acción pauliana como que sea una concrección de la acción subrogatoria, aunque -afirma- *no dejan de tener alguna razón quienes afirman que la figura del artículo 1.001 es una figura intermedia entre la acción subrogatoria y la acción pauliana*⁴⁷. En nuestra opinión, el artículo 1.001 CC contiene una acción especial que sirve de complemento a la pauliana, semejante en su funcionamiento a la acumulación de las acciones pauliana y subrogatoria en una sola actuación. En efecto, técnicamente es necesaria la impugnación del acto de renuncia para hacer posible la posterior subrogación de los

⁴¹ Cuando GARCIA GOYENA (*Concordancias...*, II, Madrid, 1852, art. 831, pág. 218) comenta el precedente del actual art. 1001 en el Proyecto de 1851, identifica el remedio con la acción pauliana, a cuya regulación remite al lector.

⁴² DE CASTRO (*La acción pauliana...*, R.D.P., 1932, pág. 205-206) afirma que el artículo 1.001 CC ofrece *una aplicación del carácter relativo de la acción revocatoria*.

⁴³ ORDUÑA MORENO; *La acción rescisoria...*, JB, 2ª ed., pág. 157.

⁴⁴ GITRAMA GONZALEZ (*Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, XIV-1ª, Edersa, 1989, art. 1.001, pág. 239) sostiene que la acción contenida en el art. 1.001 CC *ni se trata de una pura acción pauliana ni de una pura acción subrogatoria, sino de una yuxtaposición de ambas acciones*.

⁴⁵ MANRESA (*Comentarios al Código civil español*, VII, Madrid, 1900, pág. 360) al comentar el artículo 1.001 CC señala que es *simple aplicación de la regla general contenida en el 1111*. Y el mismo autor, al comentar el artículo 1.111 CC (*Comentarios al Código civil español*, VIII, Madrid, 1901, pág. 106), explica que este precepto *se halla subordinado a otros muchos que le complementan y limitan*, entre los que cita como importante el relativo a la repudiación de herencia, el art. 1.001 CC.

⁴⁶ LACRUZ (*Elementos...*, *Derecho de Sucesiones*, V, LB, 1988, pág. 100) opina que *la acción del art. 1.001 es específica y distinta de la subrogatoria y la revocatoria: se dirige a rectificar los efectos de un acto perjudicial a los acreedores, pero por el mero hecho de ser perjudicial, y a través de una "aceptación" sin otro efecto sobre el patrimonio del llamado que la extinción de las deudas que con la herencia puedan satisfacerse*.

⁴⁷ DIEZ-PICAZO; *La aceptación de la herencia por los acreedores del heredero*, A.D.C., 1959, recogido en los Estudios de Derecho Privado, págs. 379-437, pág. 405.

acreedores en el lugar del deudor⁴⁸. Por esta familiaridad de la acción con la acción pauliana, y porque resuelve el mismo conflicto de intereses entre acreedor y tercero por los actos dañosos del deudor, es conveniente extender a esta acción el plazo de cuatro años previsto para el ejercicio de la acción pauliana (Díez-Picazo⁴⁹, Lacruz⁵⁰, Gitrama⁵¹, Manresa⁵²).

Una vez ejercitada la acción, son muchas las cuestiones que quedan aún por resolver. Por ejemplo, las relativas a la aceptación de la herencia, a la autorización judicial,

⁴⁸ Los efectos de la acción del art. 1.001 CC, que se concretan en su segundo párrafo, coinciden plenamente con los propios de la *acción pauliana*, que revocan el acto en la medida necesaria para la sanación del daño (*"La aceptación sólo aprovechará a los acreedores en cuanto baste a cubrir el importe de sus créditos."*) pero respeta su validez (*"El exceso, si lo hubiere, no pertenecerá en ningún caso al renunciante, sino que se adjudicará a las personas a quienes corresponda según las reglas establecidas en este Código"*); seguida de la *acción subrogatoria*, que hace posible que los acreedores ejerciten el derecho en lugar de su deudor (los acreedores son autorizados para aceptar *en nombre de aquél*, según el párrafo primero del art. 1.001 CC).

⁴⁹ DIEZ-PICAZO (*La aceptación de la herencia por los acreedores del heredero*, A.D.C./1959, publicado en los Estudios de Derecho Privado, Cívitas, 1980, págs. 379-437) defiende la aplicación a la acción del plazo de cuatro años, *más que por aplicación analógica del artículo 1.299, por el hecho de suponer el ejercicio del derecho de los acreedores a la impugnación de la eficacia de determinados actos jurídicos -la renuncia y las aceptaciones posteriores-, cuya firmeza no puede pender del transcurso de largos plazos de prescripción, sino de plazos normales para la impugnación de la eficacia de los actos jurídicos* (pág. 432).

⁵⁰ Siguiendo al Profesor Díez-Picazo, LACRUZ (*Elementos...*, V, *Derecho de Sucesiones*, LB, 1988, pág. 101) también señala como plazo para el ejercicio de la acción el de cuatro años previsto en el art. 1.299 CC.

⁵¹ A la misma solución llega GITRAMA (*Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, XIV-1º, Edersa, 1989, pág. 246). El autor sostiene que, en contra de lo que mantuvo el Tribunal Supremo *en sentencia de 20 junio 1928* (en la misma se daba el criterio de aplicar el plazo de prescripción general del derecho de aceptar la herencia; es decir, el de treinta años), es buena solución (...) aplicar el plazo de cuatro años establecido en el artículo 1.299, *más que por aplicación analógica de este precepto* (...) porque la impugnación por los acreedores de la eficacia de los actos jurídicos *no puede estar pendiente del transcurso de largos plazos de prescripción, sino de plazos normales para la impugnación de la eficacia de los tales actos jurídicos; plazo que además es el que determina el artículo 1.301 del Código civil*.

⁵² También MANRESA (*Comentarios...*, VII, Madrid, 1900, art. 1.001, pág. 362) se muestra partidario de esta solución, al remitir el régimen de la acción prevista en el art. 1001, *en lo posible*, a los artículos que regulan la rescisoria (arts. 1.291 al 1.299).

al posible conflicto de intereses con los acreedores del causante. En la redacción de 1851 se empleaba la expresión *aceptar (...) representando al deudor*, en lugar de la actual (*aceptarla en nombre de aquél*). Y comentaba García Goyena: "*pero no debe inferirse de esto que es una verdadera aceptación. Los acreedores no adquieren el concepto, derechos y obligaciones de verdaderos herederos, pues que ni quedan obligados a las deudas y cargas de la herencia, ni adquieren otro derecho que el de hacerse pago de sus deudas con la parte que habría cabido al deudor que repudió*⁵³". A la aceptación de la herencia por los acreedores serán de aplicación algunas de las reglas de la aceptación a beneficio de inventario, ya que éste deberá presentarse para probar que el acto de repudiación es lesivo (es decir, que la herencia era positiva) y sólo corresponderá cobrar a los acreedores del heredero una vez que se haya pagado o garantizado el pago a los acreedores del causante⁵⁴. Por eso en el Proyecto de 1851 se decía que la herencia se aceptaría a beneficio de inventario⁵⁵. La intervención de la autoridad judicial se hace imprescindible pues son muchos los intereses que pueden estar en juego y deberá llamarse a todos los que puedan resultar afectados, así como al administrador de la herencia. García Goyena señala, y es lógico que sea así conforme a los postulados del fraude de acreedores, que los coherederos podrían repeler desde un principio a los acreedores pagándoles lo que les debía el repudiante: *en tal caso los acreedores no tendrían interés, y por lo mismo ningún derecho*⁵⁶.

En cuanto a lo que más nos interesa a efectos de la caracterización del acto como objetivamente fraudulento, hay que destacar que el único presupuesto para el ejercicio de la acción es de carácter objetivo. Será suficiente la prueba de la lesión, siendo irrelevante

⁵³ GARCIA GOYENA; *Concordancias...*, 1852, reimpresión de Zaragoza, 1974, págs. 422-423.

⁵⁴ En este sentido destaca GITRAMA (*Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, XIV-1º, Edersa, 1989, pág. 248) que sería injusto que los acreedores del llamado cobrasen con preferencia respecto de los acreedores del causahabiente.

⁵⁵ Dice GARCIA GOYENA (*Concordancias...*, II, Madrid, 1852, pág. 218) que *sólo de este modo es justo y posible que los acreedores entren en la herencia*.

⁵⁶ GARCIA GOYENA; *Concordancias...*, 1852, reimpresión de Zaragoza, 1974, pág. 423.

la intención del renunciante (Gitrama⁵⁷, García Goyena⁵⁸, Manresa⁵⁹, O'Callaghan⁶⁰)⁶¹. Si del inventario de los bienes de la herencia resulta que una vez pagados los acreedores del causante quedaba un saldo positivo en favor del heredero, y se prueba que al repudiar la herencia el deudor provocó la pérdida de las expectativas de cobro de sus propios acreedores, dado el estado de insolvencia en que se hallaba, el daño queda probado (la pérdida del *ius delationis* afecta negativamente a su patrimonio). La herencia sólo se entiende aceptada por el ejercicio de la acción en la medida necesaria para evitar el daño (art. 1.001-II CC)⁶².

⁵⁷ GITRAMA (*Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, XIV-1º, Edersa, 1989, art. 1.001, págs. 244-245) plantea la cuestión acerca de si *el perjuicio a que se refiere el artículo 1.001* es el fraude (en sentido subjetivo) que se menciona en los arts. 1.111 y 1.291-3º CC. Después de destacar la gratuidad del acto de renuncia, y en relación con los arts. 1.297 y 643-II CC, concluye que *el artículo 1.001 (...) no exige fraude, le basta perjuicio de acreedores porque éste en la renuncia equivale al fraude*.

⁵⁸ GARCIA GOYENA (*Concordancias...*, II, Madrid, 1852, pág. 218) explica que la expresión *repudia en fraude de los acreedores* que aparecía en el art. 831 del Proyecto de 1851, hay que tomarla como sinónima de *en perjuicio*: *"son sinónimas estas palabras: hay fraude si hay perjuicio"*.

⁵⁹ A la misma solución llega MANRESA (*Comentarios...*, VII, Madrid, 1900, pág. 361) desde la perspectiva del tratamiento de los actos gratuitos impugnados por la acción pauliana.

⁶⁰ O'CALLAGHAN (*Comentario del Código civil*, I, Ministerio de Justicia, 1993, art. 1.001, pág. 2375) afirma que *es una situación objetiva* y añade que *no requiere un fraude intencional o culpable*.

⁶¹ En *Juris Classeur* (civil, 8, 1983, 1), al actualizar el comentario de Donnier al artículo 788 del Código civil francés, se toma nota de sentencias en que se ha declarado que por tratarse de un *acto a título gratuito*, la renuncia a la herencia no requiere prueba de la intención de defraudar, y será suficiente el conocimiento por parte del deudor del daño que se causa a los acreedores, a quienes no podrá pagar.

⁶² Se consigue armonizar el interés de los acreedores con el respeto a la voluntad del heredero en cuanto al ejercicio de la delación. Como explica JORDANO FRAGA (*Los acreedores del llamado a una sucesión "mortis causa", ante el ejercicio por éste del "ius delationis"*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 1996, pág. 28), *los remedios ofrecidos por la ley frente a los actos de ejercicio de su delación por un deudor en perjuicio de sus acreedores (...) se circunscriben a eliminar los efectos perjudiciales (...) de la decisión del deudor respecto de (...) los acreedores personales accionantes, pero respetan los efectos normales de la decisión del deudor para él y para todos los demás sujetos no-accionantes*.

V. LA RENUNCIA AL LEGADO

Cuando el deudor renuncia a un legado aparece -desde el punto de vista de los acreedores del insolvente nombrado legatario- la cuestión relativa a la protección del derecho de crédito. ¿Pueden ejercitar la acción del artículo 1.001 CC, previsto para la repudiación de herencia? En otro caso, ¿están legitimados los acreedores para ejercitar la acción pauliana? ¿O la renuncia al legado es semejante a la no aceptación de la donación? La respuesta a estas cuestiones requiere el estudio previo de algunos aspectos, relativos a los legados: ¿En qué momento se adquiere el derecho sobre lo legado? ¿Requiere la aceptación del legatario? ¿Qué distintos efectos producen el acto de renuncia al legado y el de repudiación de herencia? ¿Y la renuncia al legado y la no adquisición de la donación?

V.1. De la adquisición del legado y la renuncia al legado

La doctrina parece unánime al afirmar que actualmente, al cobrar independencia el legado respecto de la institución de heredero, y siguiendo el tenor literal del artículo 881 CC, el derecho al legado coincide con el derecho sobre lo legado, que se adquiere al morir el testador (Albaladejo⁶³, Lacruz⁶⁴, Sánchez Calero⁶⁵). García Rubio explica que la doctrina italiana, que tradicionalmente defendía la adquisición directa del derecho sobre lo legado a la muerte del testador, se inclina ahora hacia la idea de la necesaria aceptación del legado para el perfeccionamiento de la adquisición: *"para la teoría más moderna, el procedimiento de adquisición del legado no se perfecciona en tanto no se produzca la aceptación del interesado o la prescripción o decadencia del derecho a repudiar. (...) la aceptación del legado es un elemento necesario para la adquisición, mientras que quien renuncia no abandona nada, sino que interrumpe un procedimiento adquisitivo que aún no estaba concluso"*. En cuanto al Derecho español, la autora pone de manifiesto que ningún

⁶³ ALBALADEJO; *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, XII-1º, Edersa, 1981, art. 881, pág. 275; y en *Curso de Derecho civil*, V, LB, 1989, § 56, pág.287.

⁶⁴ LACRUZ; *Estudios de Derecho Civil*, V, LB, 1988, § 52, pág. 315.

⁶⁵ SANCHEZ CALERO; *Comentario del Código civil*, I, Ministerio de Justicia, 1993, art. 881, pág. 2156.

autor español ha llegado a afirmar con rotundidad -en la línea de la corriente italiana- la necesidad de la aceptación para la consumación del proceso adquisitivo del legado, y opina que, en todo caso, una interpretación en ese sentido no sería acorde a nuestro ordenamiento. En Derecho español -afirma- la adquisición del legado coincide con la delación, produciéndose generalmente en el momento de apertura de la sucesión⁶⁶. Sin embargo, recientemente, Jordano Fraga ha sostenido -en contra de la doctrina española dominante, pero en el mismo sentido que la doctrina italiana- la necesaria aceptación del legado para que se consuma la adquisición⁶⁷. Esto le lleva a sostener soluciones para la renuncia al legado en fraude de acreedores distintas de las que resultan de nuestro estudio, como veremos a continuación.

Como decíamos, es doctrina mayoritaria en nuestro país la que sostiene que el derecho al legado coincide con el derecho sobre lo legado, que se adquiere al morir el testador. Y si bien esta idea puede ser objetada argumentando que nadie puede adquirir sin que medie su voluntad, se ha defendido en sentido contrario como correcta formulación de aquél principio la que afirma que nadie puede ser obligado a adquirir en contra de su voluntad, por lo que el legatario tiene derecho a renunciar al legado⁶⁸. La renuncia al legado produce los efectos de nulidad *ex tunc*, de modo que se considera que lo legado nunca perteneció al nombrado legatario (Vallet⁶⁹). La aceptación se admite como un modo de confirmar la adquisición o precluir la facultad de renuncia, convirtiendo en irrevocable la

⁶⁶ GARCIA RUBIO; *La distribución de toda la herencia en legados (un supuesto de herencia sin heredero)*, Civitas-Universidad de León, 1989, págs. 151-155.

⁶⁷ F. JORDANO FRAGA; *Los acreedores del llamado a una sucesión "mortis causa", ante el ejercicio por éste del "ius delationis"*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 1996, pág. 363.

⁶⁸ Entre otros, GARCIA RUBIO (*La distribución de toda la herencia en legados (un supuesto de herencia sin heredero)*); Civitas-Universidad de León, 1989, pág. 154).

⁶⁹ En este sentido, al referirse al legado de cosa específica y determinada propia del testador, VALLET (*Panorama del Derecho de Sucesiones*, I, Civitas, 1982, pág. 177) determina: "En el derecho vigente no se sigue el criterio de los sabinianos ni el de los proculeyanos, sino que el legatario adquiere los legados de esta especie desde la muerte del testador, independientemente de que la herencia sea aceptada, y sin perjuicio de que se pueda renunciarlos con efectos retroactivos".

adquisición del legado⁷⁰.

El legatario adquiere por título distinto del de heredero (Lacruz⁷¹, González García⁷²). Más dudoso es calificar ese título como gratuito, aunque habitualmente lo sea (Albaladejo⁷³, García Rubio⁷⁴). Cuando renuncia, el legatario está disponiendo de un bien que no forma parte de la herencia. El legado no reúne la cualidad de participación en la herencia o sucesión universal; por el contrario, se trata de una sucesión a título particular⁷⁵ *mortis causa*. Podemos decir que quien renuncia al legado está abandonando el derecho legado. Pero tampoco estamos exactamente ante un supuesto normal de derrelicción o abandono, porque la ley ha previsto distintos efectos para el acto de renuncia al legado (art. 888 CC). Por ejemplo, si el legado consistiera en el derecho de usufructo sobre una finca,

⁷⁰ GARCIA RUBIO; *La distribución de toda la herencia en legados (un supuesto de herencia sin heredero)*, Cívitas-Universidad de León, 1989, págs. 154-155.

⁷¹ En este sentido interpretamos las palabras de LACRUZ (*Elementos de Derecho Civil*, V, LB, 1988, § 52, pág. 313) cuando afirma que puede aplicarse a nuestro CC la definición de *mandas o legados* de la ley 241 navarra, según la cual son legados *aquellas liberalidades mortis causa a título singular que no atribuyen la cualidad de heredero, y que se imponen a cualquier persona que a título lucrativo reciba bienes del disponente, por voluntad del mismo o de la ley*.

⁷² GONZALEZ GARCIA (*Responsabilidad del heredero y derechos de los acreedores sobre el patrimonio hereditario*, Montecorvo, 1989, págs. 87-88) distingue entre el título de heredero y el del legatario porque mientras aquél le hace sucesor en las obligaciones, éste no.

⁷³ El carácter de liberalidad del legado no siempre se afirma sin rodeos. Algunos autores optan por definirlo simplemente como *acto de disposición* que habitualmente constituye una liberalidad. Así, por ejemplo, ALBALADEJO (*Curso de Derecho Civil*, V, LB, 1989).

⁷⁴ GARCIA RUBIO (*La distribución de toda la herencia en legados (un supuesto de herencia sin heredero)*, Cívitas-Universidad de León, 1989, pág. 111) perfila lo que son las características básicas del legado: *"se puede decir que los legados son disposiciones mortis causa a título particular que suponen normalmente sucesión, tienen su origen en la voluntad del disponente, encierran una atribución patrimonial en favor de una o varias personas, habitualmente efectuada con espíritu de liberalidad e independiente del heredero o legatario gravado"*, e indica a continuación que ninguno de los rasgos contenidos en esa definición deja de ser problemático.

⁷⁵ *"Frente a la institución de heredero, figura surgida con fines superiores a la simple atribución de los bienes del causante, el legado no persiguió desde su origen otro fin que distribuir objetos singulares del caudal relicto"* (LACRUZ; *Elementos de Derecho Civil*, V, LB, 1988, § 52, pág. 313).

la renuncia al legado no supondría la plena propiedad del nudo propietario, sino la refundición del derecho de usufructo en la masa de la herencia o la sustitución en el derecho de un segundo legatario (legatario sustituto) -cuando así lo haya previsto el testador- o el acrecimiento de otro u otros legatarios. El conflicto de intereses se plantea entre los acreedores del legatario renunciante y los herederos beneficiados por el acto o -en su caso- el legatario sustituto o legatarios con derecho de acrecer.

V.2. De la renuncia al legado y la tutela del derecho de crédito

El acto de renuncia al legado no es equiparable a la no aceptación de la donación. En el primer caso renuncia quien es titular de un derecho sobre los bienes⁷⁶; mientras en el segundo se rehusa la adquisición de lo ofrecido por el donante. Sólo en el supuesto de renuncia al legado se produce el desprendimiento de un valor patrimonial⁷⁷ (aunque se acuda a la ficción de que nada ha ocurrido). Pese al reconocimiento de que tal acto supone para el deudor desprenderse *de una parte de su patrimonio*, Kipp señala que no se admite en Alemania que los acreedores impugnen el acto de renuncia al legado⁷⁸, siguiendo la regla romana. A nuestro juicio, el ordenamiento español no sólo admite una solución distinta, sino que opta claramente por ella (artículo 6.2 CC). Lo que hay que determinar es la vía adecuada para dar cauce a esa tutela del derecho de crédito. ¿El artículo 1.001 CC?

Normalmente, se niega que los actos jurídicos de repudiación de herencia y renuncia al legado tengan idéntica naturaleza (Díez-Picazo⁷⁹, García Rubio⁸⁰). La

⁷⁶ Si seguimos la doctrina tradicional española, como antes hemos indicado.

⁷⁷ GONZALEZ GARCIA (*Responsabilidad del heredero y derechos de los acreedores sobre el patrimonio hereditario*, Montecorvo, 1989, págs. 87-88) señala que el título de legatario, a diferencia de la oferta de donación, supone un valor patrimonial.

⁷⁸ KIPP; *Impugnación de los actos "in fraudem creditorum"*, en *Derecho romano y en el moderno Derecho alemán*,..., R.D.P., 1924, págs. 1-23, pág. 14.

⁷⁹ DIEZ-PICAZO (*La aceptación de la herencia por los acreedores del heredero*, A.D.C., 1959, publicado en los Estudios de Derecho Privado, Cívitas, 1980, págs. 379 y siguientes, págs. 435-436) ha explicado la distinta naturaleza de los actos de repudiación de herencia y de repudiación de legado partiendo de la distinta naturaleza del acto de aceptación de herencia y de la adquisición del legado: "(...) aunque en algunos de sus preceptos el

repudiación de herencia supone tan sólo la pérdida del *ius delationis*, mientras que la renuncia al legado puede equipararse a la enajenación del derecho adquirido por el hecho de la muerte del causante. Creemos que es posible ejercitar la acción prevista en el artículo 1.001 CC para proteger a los acreedores del legatario (en este sentido, Lacruz⁸¹, Albaladejo⁸², Manresa⁸³) pero no nos parece que sea la más adecuada. En primer lugar, porque el efecto de la acción (aceptación de la herencia en nombre del deudor) no se adecúa con precisión a los efectos de la renuncia al legado, que requiere un remedio meramente impugnatorio. Pero, sobretudo, porque las reglas generales de la acción pauliana cumplen perfectamente esa finalidad (en este sentido, Díez-Picazo⁸⁴; En Francia, Colin y

Código habla de aceptación del legado (...) parece lo cierto que ésta no reviste naturaleza semejante a la aceptación de la herencia. El legado se adquiere desde el momento mismo de la muerte del testador. (...). La renuncia del legado es, por ello, un acto de empobrecimiento del deudor, una enajenación en definitiva".

⁸⁰ GARCIA RUBIO (*La distribución de toda la herencia en legados (un supuesto de herencia sin heredero)*, Cívitas-Universidad de León, 1989, pág. 154) explica la diferencia argumentando que *si bien ambas constituyen negocios jurídicos no recepticios, unilaterales e irrevocables, la primera (renuncia a la herencia) impide la aceptación de la oferta inherente al ius delationis, mientras que la segunda convierte en ineficaz la adquisición operada ex lege en favor del legatario.*

⁸¹ LACRUZ (*Elementos de Derecho Civil*, V, LB, 1988, § 52, pág. 315) explica lo siguiente: *"En materia de aceptación y repudiación del legado rigen, por analogía, ciertas normas de la herencia -por ejemplo, arts. 988, 989, 999 a 1.001-, sin perjuicio de ser aquí la aceptación una simple renuncia del derecho a repudiar".*

⁸² ALBALADEJO (*Curso de Derecho Civil*, V, LB, 1989, 3ª ed., § 56, pág. 290) se muestra partidario de la aplicación del art. 1.001 CC al supuesto de renuncia al legado: *"La repudiación hecha en perjuicio de los acreedores del repudiante, permite a estos ampararse en el art. 1.001".*

⁸³ MANRESA (*Comentarios...*, VII, Madrid, 1900, pág. 364), al comentar el artículo 1.001 CC entendió que éste podía extenderse también a los supuestos de renuncia al legado: *"(...) si un legatario renuncia su legado en perjuicio de sus acreedores, éstos podrán también ejercitar el derecho concedido en el art. 1.001".*

⁸⁴ DIEZ-PICAZO; *La aceptación de la herencia por los acreedores del heredero*, A.D.C./1959, publicado después en *Estudios de Derecho Privado*, Cívitas, 1980, págs. 379 y siguientes; pág. 436.

Capitant⁸⁵). No obstante, coherente con su modo de enfocar la adquisición del legado, Jordano Fraga entiende que es aplicable art. 1.001 CC al supuesto que estamos contemplando⁸⁶.

A nuestro juicio el cauce adecuado para la aplicación del principio enunciado en el art. 6.2 CC es, en el caso de renuncia al legado, la acción revocatoria o pauliana (art. 1.111 CC). La aplicación del precepto no es directa (porque la revocación por fraude se refiere a actos del deudor en los que el tercero es parte, art. 1.291-3º CC), pero cabe entenderlo al supuesto de renuncia porque el conflicto de intereses tiene lugar, como en los actos gratuitos, entre los acreedores y un tercero beneficiado por el acto y porque en ambos casos se trata de legitimar a los acreedores para impugnar un acto de su deudor lesivo del derecho de crédito. El ejercicio de la acción requiere la prueba del daño y es irrelevante cual fuera la intención del deudor al renunciar el legado (art. 6.2 CC, y art. 1.297-I CC)⁸⁷.

⁸⁵ En cuanto al ejercicio de la acción pauliana en impugnación de los actos de renuncia al legado, COLIN y CAPITANT (*Curso elemental de Derecho civil*, traducción de la 2ª ed. francesa por la R.G.L.J. con notas de De Buen, 4ª ed. española, III, 1960, pág. 95) explican que en Derecho romano no fue posible impugnarlos por considerarse actos por los que el deudor había renunciado a enriquecerse y no actos de empobrecimiento. Sin embargo, continúan diciendo, *hoy el heredero y el legatario se convierten en propietarios desde el día de la muerte del causante por el solo efecto de la ley (...); por lo tanto, al renunciar se empobrecen; su acto es, pues, impugnabile por medio de la acción pauliana*.

⁸⁶ Nos referimos en concreto a la postura que adopta JORDANO FRAGA (*Los acreedores del llamado a una sucesión "mortis causa", ante el ejercicio por éste del "ius delationis"*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 1996, págs. 363 y siguientes), a la que hemos hecho referencia al tratar de la adquisición del legado. Con la doctrina italiana, y a diferencia de la española, este autor opina que la muerte del causante determina una adquisición provisional del legado, pero que la adquisición definitiva sólo se consuma con la aceptación del legado. Desde este punto de vista, distingue entre la repudiación del legado y la renuncia al derecho legado, según se realice el rechazo del legado en un momento previo o posterior a la aceptación. En el primer caso, si -antes de la aceptación- se repudia el legado (en la fase de la *delación legataria*), los acreedores del legatario estarían legitimados para ejercitar la acción prevista en el art. 1.001 CC, que sería aplicable por analogía (págs. 372 y 376). La renuncia al derecho legado es, a diferencia de la repudiación del legado, susceptible de impugnación pauliana.

⁸⁷ JORDANO FRAGA (*Los acreedores del llamado a una sucesión "mortis causa", ante el ejercicio por éste del "ius delationis"*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, pág. 372) indica que *en la medida en que la renuncia es un acto unilateral y no-oneroso, no será preciso, a fin de ese ejercicio de la revocatoria, el fraude*

Creemos que el plazo de cuatro años pone límite temporal a la posibilidad de impugnación de la renuncia al legado, no sólo porque es el plazo propio de la acción pauliana (art. 1.299 (C) sino también porque no parece conveniente mantener que conforme al art. 6.2 CC pueda admitirse un periodo mayor para hacer valer la ineficacia de la renuncia frente a los acreedores ya que el acto de impugnación afecta también al interés de otros terceros de buena fe y sería injusto mantenerlos en una situación de incertidumbre por más tiempo del que se mantiene al adquirente de mala fe en ejercicio de la pauliana.

VI. LA RENUNCIA A LA PRESCRIPCION GANADA Y LA NO OPOSICION DE LA FACULTAD DE PRESCRIPCION

En torno a la prescripción, afirman unos que produce sus efectos por el mero transcurso del tiempo (Alas, De Buen y Ramos⁸⁸; o en relación con el *Code*, Laurent⁸⁹), mientras que otros matizan que para que produzca todos sus efectos hace falta, además, que sea invocada por el beneficiario de la misma (por todos, Díez-Picazo⁹⁰), o que *opera ipso*

del deudor renunciante (se está refiriendo a la renuncia de lo adquirido por el legado, que el distingue -como ya advertimos- de la renuncia al legado, a la que aplica el art. 1.001 CC).

⁸⁸ ALAS, DE BUEN Y RAMOS; *De la prescripción extintiva*, Madrid, 1918, pág. 263.

⁸⁹ LAURENT (*Droit Civil*, XXXII, 1878, Bruselas-París, pág. 218), al tratar sobre los efectos de la renuncia a la prescripción respecto de los acreedores, cita la Exposición de motivos del *Code*, en que se dice que sería un error creer que la prescripción sólo tiene efecto en cuanto es opuesta por aquél en favor de quien ha prescrito y que es en provecho de este último una facultad personal; y se concreta que la prescripción da lugar a la liberación, o la propiedad del beneficiado por ella. Siguiendo a Bigot-Préameneu, el autor concluye que en efecto, el deudor prescrito es propietario y, en consecuencia, aquél que renuncia a la prescripción es propietario en el momento de la renuncia.

⁹⁰ DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEON (*La prescripción en el Código civil*, Bosch, 1964, pág. 48) lo expresa preguntando: "¿Cómo se concilia con el necesario ejercicio de la facultad de prescripción el pretendido efecto automático? ¿Cómo puede decirse que un efecto automáticamente producido necesita un acto de voluntad particular?" A lo que contesta: "El cumplimiento del plazo de prescripción, automáticamente, no produce otro efecto jurídico que el de atribuir al interesado una facultad, que es la "facultad de prescripción". Los demás efectos jurídicos derivan del acto de ejercicio de la facultad de prescripción."

care", pero el que quiera aprovecharse de ella habrá de alegarla (en acción, en excepción) y probarla⁹¹. En todo caso, cuando nos referimos a la renuncia a la prescripción ganada, estamos hablando de un acto de disminución patrimonial -como señala el Profesor Díez-Picazo⁹² (también Albaladejo⁹³ y Peña⁹⁴; en Italia, Minervini⁹⁵)- y no del rechazo de un enriquecimiento, porque hacemos referencia a un momento posterior a aquél en que la prescripción ha producido su efecto propio favorable al renunciante, tanto si se entiende que éste es el de liberarle de la deuda o hacerle propietario como si entendemos que es el de facultarle para oponer la prescripción frente al titular. Dice Peña que *la renuncia tiene*

⁹¹ PEÑA BERNALDO DE QUIROS; *Derechos reales. Derecho hipotecario*, 2ª. ed., U.C.M., 1986, pág. 61.

⁹² DIEZ-PICAZO (*Comentario del Código civil*, II, Ministerio de Justicia, 1993, art. 1.937, pág. 2092) afirma que *en la medida en que al renunciar a una prescripción ganada se pierde el derecho usucapido o se mantiene en existencia el derecho afectado por la prescripción extintiva, existe una disminución del patrimonio que entraña perjuicio para los acreedores*.

⁹³ Para renunciar a la prescripción ganada es preciso tener *capacidad para enajenar*, como se deduce del art. 1935 CC (ALBALADEJO, *Derecho Civil*, I-2º, LB, 1989, 10ª ed., pág. 530), por lo que no parece que el legislador esté pensando en el mero rechazo de un enriquecimiento.

⁹⁴ PEÑA BERNALDO DE QUIROS (*Derechos reales. Derecho hipotecario*, 2ª ed., U.C.M., 1986, pág. 61) opina que *equivale a una renuncia de derechos adquiridos*. Y apunta a continuación: *"Exige la capacidad para disponer de ellos"*.

⁹⁵ En este sentido se pronuncia MINERVINI (*La prescrizione ed i "terzi"*, Edizioni Scientifiche Italiane, 1994, 284 págs., págs. 34-35). En contra de la opinión de Planiol y Ripert, que consideran que la renuncia a la prescripción no es un acto de disposición en sentido técnico, ni un acto de empobrecimiento, sino el *rechazo de un enriquecimiento*, el autor ha observado -sobre la base de que la prescripción opera *ipso iure*- que la renuncia a la prescripción representa la dimisión de una posición patrimonial ya adquirida y como tal supone una modificación de la situación patrimonial del renunciante. Y añade que, incluso si sostuviéramos que la prescripción opera sólo *ope exceptionis* y que es necesario oponerla para que produzca efectos, como implícitamente hacen quienes opinan que la renuncia es el rechazo de un enriquecimiento, habría que admitir que el deudor ha adquirido por el transcurso del tiempo el derecho potestativo, relevante desde el punto de vista patrimonial, de provocar la extinción o la adquisición (según el caso), de modo que la renuncia representa un acto de disposición.

fundamentalmente por objeto -creemos- el derecho de hacer valer la prescripción⁹⁶, pero se refiere sólo al derecho del renunciante porque, como veremos, la renuncia del beneficiado directamente por la prescripción no afecta a la facultad para hacerla valer que se reconoce a cualquier tercero interesado (art. 1.937 CC). Distinto del acto de renuncia es la omisión de quien no opone la prescripción estando facultado para ello. En ese caso, no hay un acto de disposición del favorecido por la prescripción sino que será el acto de ejercicio del derecho por parte de quien era titular del mismo lo que puede producir efectos en el patrimonio del favorecido por la prescripción (por ejemplo, la pérdida de la facultad de oponer la prescripción porque no excepcionó en su momento). Pero también en este caso veremos que se reconoce a cualquier tercero interesado la facultad de hacer valer la prescripción (art. 1.397 CC).

Como suele decirse, la renuncia a la prescripción ganada puede significar la reviviscencia de una deuda (renuncia a la prescripción extintiva) o la pérdida de un derecho adquirido por usucapión (renuncia a la prescripción adquisitiva)⁹⁷. En sí misma, la renuncia a la prescripción ganada realizada en estado de insolvencia, sería un acto objetivamente fraudulento, lesivo del derecho de crédito⁹⁸. Mas, atendiendo a nuestro ordenamiento

⁹⁶ PEÑA BERNALDO DE QUIROS; *Derechos reales. Derecho hipotecario*, 2ª ed., U.C.M., 1986, pág. 62. Y explica el autor: "Por la renuncia el dominio (o derecho real) no puede considerarse "abandonado" y en su caso ocupable por cualquiera, sino que, siguiendo viva la titularidad del verus dominus".

⁹⁷ En este sentido, DIEZ-PICAZO (*La prescripción en el Código civil*, Bosch, 1964, pág. 72) explica que la renuncia del favorecido a la prescripción ganada constituye, con arreglo a la doctrina usual, un acto cuyas consecuencias consisten en un renacimiento o en una resurrección del derecho extinguido por la prescripción o en una pérdida del derecho usucapido que vuelve de esta manera a su antiguo titular (...). En ambos casos parece cierto que ello entraña una disminución del patrimonio del beneficiado por la prescripción (...).

A juicio de AURICCHIO (*Appunti sulla prescrizione*, Eugenio Jovene, 1971, pág. 86) si entendemos el efecto de la renuncia en términos de reviviscencia de una situación jurídica anterior, aparece claro que la renuncia no hace revivir el derecho ajeno sino la propia obligación. En su opinión, la renuncia tiene eficacia retroactiva. Después de este acto abdicativo, debe considerarse que la prescripción no ha tenido lugar. En cuanto a los terceros, añade que esta retroactividad no puede perjudicarles porque pueden hacer valer la prescripción incluso después de la renuncia, según el art. 2.939 *Codice civile* (pág. 90).

⁹⁸ MANRESA (*Comentarios al Código civil español*, XII, Madrid, 1907, pág. 740) explica que como la prescripción puede dar por resultado la liberación de una obligación o la adquisición de un derecho o de una propiedad, es indudable que la renuncia del beneficio propio de la prescripción puede dar por resultado un perjuicio evidente para los acreedores

jurídico, observamos que no lo es necesariamente. Y no lo es porque existe una medida que, con carácter preventivo, evita la posibilidad de que la renuncia lesione el interés de los acreedores al reconocerles la facultad de oponer la prescripción *a pesar de* ese acto de renuncia (art. 1.937 CC)⁹⁹. Generalmente no será necesario acudir al remedio revocatorio o acción pauliana en impugnación del acto y para evitar el daño será suficiente que los acreedores ejerciten la facultad que les brinda el artículo 1937 CC. Sólo en algún caso (por ejemplo, cuando se pagó la deuda prescrita) nos encontramos con que la tutela del derecho de crédito requiere algo más que la mera facultad del 1.937 CC. Es entonces cuando el acto de renuncia va a dejar paso al ejercicio de la acción pauliana, de naturaleza subsidiaria (arts. 1.291-3º y 1.294 CC), vía abierta a través del art. 6.2 CC y del propio art. 1.937 CC¹⁰⁰.

VI.1. El artículo 1.937 CC

Se dice en el art. 1.937 CC: *"Los acreedores, y cualquiera otra persona interesada en hacer valer la prescripción, podrán utilizarla a pesar de la renuncia expresa o tácita del deudor o propietario"*. Advertimos dos aspectos al estudiar este precepto legal bajo la óptica del fraude: De un lado, que la facultad de hacer valer la prescripción se otorga

del prescribente, porque mediante ella pueden perder y pierden seguramente uno de los medios para llegar a la efectividad de sus créditos.

⁹⁹ Refiriéndose a los acreedores, dice MANRESA (*Comentarios al Código civil español*, XII, Madrid, 1907, págs. 740-741): *"La ley no podía dejar éstos a merced de la voluntad o de la mala fe del deudor, que con deliberado propósito de perjudicarlos hiciera la renuncia de la prescripción, expresa o tácitamente, defraudando en sus intereses a los acreedores, y para evitarlo les concedió el derecho de hacer valer la prescripción utilizándola a pesar de la indicada renuncia."*

¹⁰⁰ Puede decirse que el fundamento de la acción pauliana -evitar la lesión del derecho de crédito- sí aparece recogido en el precepto a que nos referimos (art. 1937 CC), si bien no de manera exclusiva ya que protege además otros intereses. Como señala DIEZ-PICAZO (*Comentario del Código civil*, II, Ministerio de Justicia, 1993, art. 1.937, pág. 2092) la ineficacia de la renuncia en este caso (tutela del crédito) *parece tener su fundamento en los mismos principios que dan soporte a la acción pauliana*. También GARCIA GOYENA, en *las Concordancias...* (IV, Madrid, 1852, pág.305), al comentar el art. 1942 del Proyecto de 1851, precedente del actual art. 1937 CC, remite a los artículos del Proyecto correspondientes a los actuales 1.292 y 1.297-I CC, es decir, a los que recogen supuestos de revocación por fraude en que es posible la objetivación (pagos a los que no pudo ser compelido el deudor al tiempo de hacerlos y liberalidades).

no sólo cuando el deudor o propietario ha renunciado ya a ella, sino también en el caso de que, ante la reclamación del tercero (acreedor o propietario antes de la prescripción), el deudor no haya opuesto la excepción a que tenía derecho¹⁰¹. De otro lado, se advierte que la legitimación activa para el ejercicio de la facultad no sólo alcanza a los acreedores, sino también se extiende a todo tercero interesado en hacer valer la prescripción (Manresa¹⁰², García Goyena¹⁰³, y Alas, De Buen y Ramos¹⁰⁴). El Profesor Díez-Picazo explica que existen, en virtud del art. 1.937 CC, no una pluralidad de legitimados para utilizar una única

¹⁰¹ En este sentido, DIEZ-PICAZO (*Comentario del Código civil*, II, Ministerio de Justicia, 1993, art. 1.937, pág. 2093) afirma que *en el texto del art. 1.937 el fenómeno de la renuncia es un aditamento. El precepto puede ser leído en el sentido de que la prescripción puede ser invocada por cualquier interesado en ella*. También RODRIGUEZ MORATA (*Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, XXV-1º, Edersa, 1993, art. 1.937, pág. 193) es de la misma opinión.

En diverso sentido, sin embargo, se pronunciaron ALAS, DE BUEN y RAMOS (*De la prescripción extintiva*, Madrid, 1918, pág. 280). A su juicio, *la expresión "a pesar" indica bien terminantemente que la renuncia se ha realizado, (...)./ Por lo cual, -dicen- nosotros interpretamos el artículo 1.937 en el sentido de que los acreedores y demás interesados pueden hacer uso de la prescripción después de la renuncia del deudor*. Esta interpretación no nos parece correcta, porque no es completa. El tenor literal del precepto admite el uso de la facultad tanto si se ha renunciado como si se ha omitido la renuncia, ya que la expresión "a pesar" lo único que hace es poner de manifiesto que ese supuesto (renuncia a la prescripción ganada) no excluye la facultad que en todo caso se reconoce a los acreedores y terceros.

¹⁰² MANRESA (*Comentarios al Código civil español*, XII, Madrid, 1907, pág. 741) advierte que el precepto *hace extensivo el derecho a todas aquellas personas que tengan algún interés en hacer valer la prescripción renunciada por el prescribente*, y justifica esta decisión del legislador por la sencilla razón de que se trata del mismo interés que puedan tener los acreedores; y, a igual caso, corresponde igual derecho.

¹⁰³ En el mismo sentido que Manresa se había pronunciado antes GARCIA GOYENA, al comentar en las *Concordancias...* (IV, Madrid, 1852, pág.305) el artículo 1.942 del Proyecto de 1851, precedente inmediato del actual art. 1.937 CC. Añade que *el interés es la medida de la acción y de la excepción* y pone el ejemplo del usufructuario de una finca: *éste podrá oponer la prescripción relativa a ella si el propietario no la opone o la renuncia expresamente*.

¹⁰⁴ ALAS, DE BUEN y RAMOS (*De la prescripción extintiva*, Madrid, 1918, págs. 282-283) en relación con la prescripción extintiva, entienden que están facultados para el uso de la facultad concedida por el art. 1.937 CC tanto los herederos, como los fiadores, deudores solidarios y los causahabientes a título singular.

facultad de oponer la prescripción, sino múltiples facultades¹⁰⁵.

El precepto ha sido tomado del art. 2225 del *Code civil* francés¹⁰⁶, que fue también recogido por el Derecho italiano, en el art. 2112 del *Codice civile* de 1865 y que de

¹⁰⁵ Por su interés, transcribimos la explicación que el Profesor DIEZ-PICAZO da en torno a cuál es, a su juicio, el sentido en que hay que interpretar el artículo 1.937 CC (*La prescripción en el Código civil*, Bosch, 1964, págs. 74-75): "El artículo 1937 quiere decir en primer lugar que la prescripción puede ser invocada por cualquier interesado. Esta invocación no se hace en nombre o en sustitución del directamente beneficiado, ni para que surta sus efectos en el patrimonio de éste. La invocación de la prescripción se hace con el fin de resolver los conflictos que puedan existir entre el interesado que la invoca y el titular del derecho prescrito. Parece que se sigue de ello una relatividad o, si se prefiere, una eficacia relativa de la prescripción, es decir, un derecho puede valer como prescrito para unas determinadas personas -los acreedores, los interesados- y como no prescrito para otras -el deudor renunciante- en cuanto, sobre todo, a las consecuencias que unos y otros pueden derivar de este derecho.

La invocación de la prescripción por cualquier interesado no significa, a mi juicio, un ensanchamiento del círculo de personas legitimadas para ejercitar una única facultad que, en rigor, correspondería al sujeto pasivo del derecho prescrito, sino la atribución a cada interesado de una específica y concreta "facultad de prescripción". No hay, pues, una única facultad y múltiples legitimados, sino múltiples facultades.

Pero el artículo 1.937 quiere decir, además, que la renuncia de la "facultad de prescripción" sólo es eficaz en la relación existente entre el renunciante y el titular del derecho prescrito y que, en cambio, no lo es para los demás terceros interesados en la prescripción, para los cuales la renuncia es irrelevante, salvo que la hubiesen consentido". En el mismo sentido vuelve a manifestarse la opinión del autor en el *Comentario del Código civil* publicado por el Ministerio de Justicia (II, 1993, art. 1.937, págs. 2092-2093).

RODRIGUEZ MORATA (*Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, XXV-1º, Edersa, 1993, art. 1.937, pág. 197), en este sentido, opina que se trata (...) de un supuesto de ineficacia relativa de estas renunciaciones ("válidas") respecto a otras personas distintas del obligado o sujeto pasivo. Siguiendo al Profesor Díez-Picazo señala que no hay una única facultad y múltiples legitimados, sino múltiples facultades de oponer la excepción de prescripción (pág. 201).

¹⁰⁶ El texto del art. 2225 del *Code* es el siguiente: "Les créanciers, ou toute autre personne ayant intérêt à ce que la prescription soit acquise, peuvent l'opposer, encore que le débiteur ou le propriétaire y renonce". El precepto se entiende aplicable a prescripciones de todo tipo. TAISNE (*Prescription*, en *Juris-Classeur*, 2, 1983, civil, arts. 2220 a 2225, párrafos 51 y 52) opina que en él se otorgan dos prerrogativas a los acreedores del beneficiado por la prescripción: 1ª) la de invocarla cuando éste no lo haga, y oponerla en su nombre (afirma que se trata de una aplicación particular del mecanismo de la subrogatoria); y 2ª) la de oponerla aun cuando el beneficiario haya renunciado a ella, si la renuncia les perjudica (la naturaleza de esta última facultad es discutida por la doctrina).

nuevo aparece -con una leve modificación- en el art. 2.939 del actual *Codice civile*¹⁰⁷. La amplitud de supuestos de hecho que comprende, así como la variedad de legitimados que admite, dificultan la idea de que el legislador estuviera pensando sólo en una acción pauliana especial. Su naturaleza ha sido discutida por franceses, italianos y españoles¹⁰⁸. A nuestro

¹⁰⁷ El texto del art. 2.939 del *Codice civile* es el siguiente: "*La prescrizione può essere opposta dai creditori e da chiunque vi ha interesse, qualora la parte non la faccia valere. Può essere opposta anche se la parte vi ha rinunciato*".

AURICCHIO (*Appunti sulla prescrizione*, Eugenio Jovene, 1971, págs. 83-84) afirma que, en los arts. 2.937 y 2.939 *Codice civile* se puede identificar la renuncia positiva a la prescripción con el comportamiento omisivo o de renuncia a hacer valer la prescripción.

También MIRABELLI (*Della prescrizione*, 2ª ed., 1915, pág. 55), comentando el art. 2112 del primigenio *Codice civile*, distinguía dos supuestos de hecho a que se aplica el precepto: la facultad del acreedor de ejercitar el derecho omitido por su deudor a oponer la prescripción ganada, y el derecho o facultad de oponerla una vez renunciada por éste.

MINERVINI (*La prescrizione ed i "terzi"*, Edizioni Scientifiche Italiane, 1994, pág. 26) comenta que las dos hipótesis que prevé el art. 2.939 (que el deudor o propietario no haya hecho valer la prescripción y/o que haya renunciado a ella) han sido reconducidas, respectivamente, por algunos autores a la acción subrogatoria y a la acción revocatoria o pauliana.

¹⁰⁸ Entre los autores franceses, un sector de la doctrina defiende que el art. 2.225 *Code civil* (del que tomamos nuestro art. 1.937 CC), es aplicación de los artículos 1.166 y 1.167 *Code civil* (es decir, de las acciones subrogatoria y pauliana). Para estos autores, explica LAURENT (*Droit civil*, XXXII, 1878, pág. 220), el deudor que renuncia defrauda a sus acreedores, al enajenar un bien que formaba parte de su garantía. Los acreedores no deben probar la intención fraudulenta pues el sistema admite que así sea en los actos a título gratuito. Sin embargo, Laurent defiende que los acreedores de quien renuncia a la prescripción pueden hacer valer el derecho a pesar de la renuncia y que no es preciso que impugnen la renuncia por fraudulenta. Explica que la acción pauliana es acción de impugnación de contratos bilaterales, en que puede haber consenso fraudulento, y no para los actos de renuncia, que tienen carácter unilateral y en consecuencia, concluye Laurent, no entran en el espíritu del art. 1.167 *Code* que regula la acción pauliana (págs. 220-221).

COLIN y CAPITANT (*Curso elemental de Derecho civil*, traducción de la 2ª ed. francesa con notas de De Buen publicada por la R.G.L.J., III, 1960, pág. 95) niegan que la renuncia a la prescripción ganada sea un acto de empobrecimiento, pero afirman que -sin embargo- el artículo 2.225 *Code civil* la considera como tal desde el punto de vista de la acción pauliana.

También en Italia parte de la doctrina ha visto en el precepto una modalidad de la acción pauliana o bien de la subrogatoria, según hubiera o no renunciado el deudor a la prescripción ganada, pero otros autores se han encargado de rebatir convenientemente esta idea, fijando con precisión las diferencias y semejanzas entre estas acciones y el contenido de la norma a que hacemos referencia (art. 2.939 del *Codice civile*). Entre éstos conviene destacar el trabajo de MINERVINI, *La prescrizione ed i "terzi"* (Edizioni Scientifiche Italiane, 1994, 284 págs., págs. 21-45). La *ratio* del precepto, señala Minervini, sobrepasa

juicio, no es una acción subrogatoria ni simplemente una acción pauliana especial. Se trata más bien de un modo de concretar el principio establecido en el artículo 6.2 CC, según el cual no se admite la renuncia en perjuicio de terceros. En ocasiones, este cauce dejará paso al ejercicio de la acción pauliana.

VI.2. La eficacia de la renuncia a la prescripción ganada

La renuncia a la prescripción ganada puede revestir aspectos de liberalidad, aunque no lo sea en sentido estricto (Lacruz¹⁰⁹, Scaevola¹¹⁰, Alas, De Buen y Ramos¹¹¹;

la mera reintegración de la responsabilidad patrimonial en favor de los acreedores (pág. 20). En él se prevé un remedio especial, *sui generis*, que se concreta en un poder autónomo, el cual prescinde, a pesar de una indudable afinidad y semejanza -señala el autor-, de los presupuestos y de la disciplina de las acciones subrogatoria y pauliana, y no puede, por tanto, identificarse con aquéllas (págs. 39-40).

En España, RODRIGUEZ MORATA (*Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, XXV-1º, Edersa, 1993, págs. 198-204) ha defendido el *carácter autónomo del remedio respecto de la acción subrogatoria y de la pauliana*, frente a la doctrina tradicional que suele contentarse con afirmar que se trata (...) de un caso particular de aplicación de las figuras de la acción subrogatoria y de la acción pauliana.

ALAS, DE BUEN y RAMOS (*De la prescripción extintiva*, Madrid, 1918, pág. 281) opinan que el valor que tiene el artículo 1.937 es el de ser una derogación expresa del principio establecido, al regular la acción Pauliana, en el artículo 1.111 del Código civil español.

¹⁰⁹ En cuanto a la naturaleza del acto de renuncia a la prescripción, hay que tener en cuenta que por su propia definición, la renuncia es una declaración de voluntad unilateral, de sentido abdicativo, no recepticia (LACRUZ, *Elementos...*, I-3º, LB, 1984, págs. 107-108). En el mismo sentido se manifiesta la mayoría de la doctrina italiana, según AURICCHIO (*Appunti sulla prescrizione*, Eugenio Jovene, 1971, 109 págs., pág. 86). Niega el autor que la renuncia a la prescripción sea un pacto (pág. 79). Siendo así, señala LACRUZ (*Elementos...*, I-3º, LB, 1984, pág. 106), la renuncia no es exactamente una liberalidad, por cuanto no persigue como fin la atribución del derecho a otro, pero sí coincide en el resultado con la atribución cuando el derecho renunciado (...) se refunde en una situación jurídica, dentro de la cual representaba un gravamen o detracción, en beneficio del titular de la misma.

¹¹⁰ SCAEVOLA (*Código civil*, XXXII-1º, Madrid, 1965, pág. 382), al comentar el art. 1.937 CC se pronuncia en contra de la equiparación de la renuncia a la prescripción ganada a un acto gratuito. El autor explica que si bien legalmente no resultaba exigible la deuda prescrita, *moralmente la tenía que pagar y, en conciencia, pudo hacerla efectiva renunciando al indiscutible beneficio (...) de la prescripción*. A este respecto, podría objetarse que si bien es cierto que el pago de la obligación prescrita puede constituir una obligación moral, no lo

En diverso sentido, en Italia, Mirabelli¹¹²). La cuestión acerca de los efectos de la renuncia a la prescripción ganada es discutida. Peña, siguiendo a De Castro, opina que la renuncia a la prescripción ganada *se funda en una obligación moral; en el deber de conciencia de respetar el derecho ajeno. Por eso no se aplica -dice- el régimen de las donaciones. Así ocurre en la forma, pues se admite la renuncia tácita (...). Y así ocurre en los efectos: no cabe la revocación como en las donaciones. Pero quedan a salvo los derechos de terceros,* y cita el artículo 1.937 CC¹¹³. La doctrina española más autorizada al respecto habla de una *ineficacia relativa* de la renuncia a la prescripción ganada; tal sería el significado de la expresión empleada en el art. 1.937 CC: *"podrán utilizarla a pesar de la renuncia"* (Díez-Picazo¹¹⁴, Rodríguez Morata¹¹⁵, Scaevola¹¹⁶). El acto de renuncia es válido y eficaz

es menos que la renuncia a la facultad de oponer la excepción de prescripción (en este caso como en el de la prescripción adquisitiva) supone un beneficio en favor de quien había visto prescrito el ejercicio de su derecho por el transcurso del tiempo. En el caso propuesto por Scaevola, por ejemplo, habrá que advertir que una cosa es el pago y otra el acto de renuncia a la prescripción ganada.

¹¹¹ ALAS, DE BUEN y RAMOS (*De la prescripción extintiva*, Madrid, 1918, pág. 265) opinan que la renuncia a la prescripción ganada es una enajenación, si bien un tanto peculiar. Y afirman también que puede equipararse con la donación a determinados efectos (pág. 282).

¹¹² MIRABELLI (*Della prescrizione*, 2ª ed., 1915, pág. 54) estima que parece claro que la renuncia voluntaria a la prescripción ganada es una liberalidad.

¹¹³ PEÑA BERNALDO DE QUIROS; *Derechos reales. Derecho hipotecario*, 2ª ed., U.C.M., 1986, pág. 62.

¹¹⁴ DIEZ-PICAZO (*Comentario del Código civil*, II, Ministerio de Justicia, 1993, pág. 2092) explica que *el precepto establece una irrelevancia de dicha renuncia o, si se prefiere, una relativa ineficacia de la misma.*

¹¹⁵ RODRIGUEZ MORATA (*Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, XXV-1º, Edersa, 1993, págs. 194-195) entiende que *tal derecho de renuncia debe entenderse siempre limitado en su alcance al perjuicio del propio renunciante, pero no el de los demás que puedan sentir quebranto en los suyos por la renuncia de aquél.*

¹¹⁶ También SCAEVOLA (*Código civil*, XXXII-1º, Madrid, 1965, pág. 372 y siguientes) al comentar el art. 1.937 CC, manifestó su opinión en este sentido, frente a la doctrina que lo relaciona con el art. 1.111 CC. Y explica que *simplemente se trata de la facultad de aducir una inoperancia o ineficacia, sinónimas de indiferencia, en el más amplio sentido, que faculta al favorecido por la norma para tener por inexistente esa renuncia en cuanto, no existiendo, la prescripción le hubiera favorecido de algún modo* (págs. 375-376).

inter partes (Alas, De Buen y Ramos¹¹⁷) y frente a los terceros no perjudicados, pero no podrá oponerse frente a aquellos terceros que tengan un interés digno de protección que -de otro modo- resultaría lesionado (Mirabelli¹¹⁸, Laurent¹¹⁹, Albaladejo¹²⁰, entre otros). O digamos que éstos no pierden su facultad de hacer valer la prescripción. Precisamente esta constatación de que del artículo 1.937 CC se deduce una ineficacia relativa del acto de la renuncia, unida a la idea de De Castro de que en los arts. 1.937 y 1.001 CC encontramos manifestaciones de la revocatoria, llevó al autor a afirmar que *en el derecho español, la base de la impugnación está en la existencia de un negocio jurídico válidamente celebrado (artículo 1.290 del Código civil), pero ineficaz respecto de ciertas personas. El negocio jurídico revocable lleva unido a él, desde su formación, una tara originaria, es ineficaz ab initio respecto de los acreedores, la demanda de revocación no crea, sino que se basa en la ineficacia del acto jurídico*¹²¹. Conclusiones que parecen contradecir los postulados probados magistralmente por De Castro al inicio del mismo trabajo, según los cuales se llega al convencimiento de que la acción revocatoria es una acción de impugnación, *ataque a una situación jurídica existente* (pág. 202), pues no hay necesidad de atacar los efectos del negocio si se está afirmando que no tiene efectos *ab initio* respecto de los acreedores (inoponibilidad). La idea de la ineficacia *ab initio* del negocio rescindible fue criticada

¹¹⁷ ALAS, DE BUEN y RAMOS (*De la prescripción extintiva*, Madrid, 1918, pág. 275) explican que *la renuncia obra entre la persona por la cual es realizada, y la persona en cuya ventaja se cumple*.

¹¹⁸ En este sentido, por ejemplo, MIRABELLI (*Della prescrizione*, 2ª ed., 1915, pág. 52) defiende que la renuncia a la prescripción debe tener efecto entre quien la hace y quienes han sido beneficiados por ella, sin que la renuncia a un derecho adquirido pueda ser lesiva para terceros.

¹¹⁹ LAURENT (*Droit civil*, XXXII, 1878, pág. 219) entiende que el poseedor devenido propietario renuncia simplemente a los efectos que la prescripción había producido en su favor, y no se le permite renunciar en perjuicio de sus acreedores.

¹²⁰ Por ejemplo, ALBALADEJO (*Curso de Derecho civil español*, III, LB, 1982, págs. 139-140) señala como límite a los efectos de la renuncia a la usucapión el que marca la protección de los intereses de los terceros.

¹²¹ DE CASTRO; *La acción pauliana*..., R.D.P., 1932, págs. 205-206, y pág. 208.

después por Lohmann Luca de Tena¹²². Sin embargo, esta idea realmente invita a un replanteamiento de la propia condición y efectos del acto jurídico objetivamente fraudulento.

VI.3. Supuestos de prescripción adquisitiva

Una vez ganada la prescripción adquisitiva por el deudor insolvente, ¿pueden sus acreedores embargar el bien, en todo caso? ¿Deben ir a un declarativo si su deudor no opone la prescripción o si renuncia a ella? Parece conveniente distinguir al menos algunos supuestos.

3.1. El deudor no opone la prescripción adquisitiva

Pensemos en un deudor, D, que ha adquirido por usucapión la propiedad sobre determinado bien -un cuadro, por ejemplo- y, de este modo, ha dejado de ser insolvente. Gracias a la usucapión tiene bienes suficientes para hacer frente al pago de sus deudas. Si no paga, sus acreedores podrán embargar el bien y, si encuentran oposición por parte del antiguo titular, están facultados para hacer valer la prescripción (art. 1.937 CC). Sin embargo, supongamos que antes del embargo el antiguo dueño reivindica el bien usucapido, y demuestra que era él el propietario del mismo. Ante el requerimiento, D no opone que se ha producido la prescripción adquisitiva y devuelve el cuadro a su antiguo titular. Aun en tales circunstancias creemos que puede afirmarse, a la luz del artículo 1.937 CC, que el acreedor del insolvente está legitimado para proceder al embargo del bien, sin que el propietario pueda evitarlo. Esto por una razón, y es que el acreedor está facultado para oponer la prescripción si el tercero insta la tercería de dominio. Ante la acción reivindicatoria o la tercería de dominio que pudiera intentar el propietario frente a la acción ejecutiva de los acreedores, dice el Profesor Díez-Picazo, en todos los conflictos de este tipo, *el acreedor puede invocar la prescripción*. Y añade que *esta utilización de la prescripción es indiferente de la postura que asuma dentro del proceso*¹²³. Al no existir lesión, porque se puede

¹²² LOHMANN LUCA DE TENA; *Apuntes para una distinta aproximación a la acción Pauliana*, R.G.L.J., 1984, págs. 477-478.

¹²³ DIEZ-PICAZO; *La prescripción...*, 1964, pág. 77.

oponer la excepción de prescripción¹²⁴, no procede la acción pauliana.

3.2. El deudor renuncia a la prescripción adquisitiva ganada

Idéntica solución correspondería en caso de renuncia a la prescripción adquisitiva (art. 1.937 CC, que dice "*a pesar de la renuncia expresa o tácita...*"). Por ejemplo, si D opone primero la prescripción, pero después decide comunicar al dueño usucapido que renuncia a ella, o simplemente le devuelve el cuadro usucapido. Pero en estos casos entra en juego además el principio recogido en el art. 6.2 CC, si bien encuentra un cauce adecuado en el propio art. 1.937 CC.

3.3. Plazos para el ejercicio por los acreedores de la facultad de oponer la prescripción

Se diría que el derecho de propiedad de que goza el propietario usucapido y después beneficiado por la no oposición de la prescripción o por la renuncia a la misma, está limitado por el interés protegible de los acreedores y terceros que de otro modo se vería lesionado. ¿Hasta cuándo existe esta limitación a que queda sometido el derecho de propiedad; esta subordinación al interés de los terceros protegidos? Entre nuestros autores, encontramos voces que se pronuncian a favor del no sometimiento del remedio a ningún plazo de caducidad (así, Díez-Picazo¹²⁵, Rodríguez Morata¹²⁶). Coincidimos con ellos en este punto porque venimos sosteniendo que se trata de una facultad que se concede a los

¹²⁴ Como señala, por ejemplo, MINERVINI ("*La prescrizione ed i "terzi"*", Edizioni Scientifiche Italiane, 1994, 284 págs., pág. 43), ese poder que se confiere a acreedores y terceros interesados les legitima para el ejercicio de la excepción de prescripción.

¹²⁵ En este sentido, DIEZ-PICAZO (*La prescripción...*, 1964, pág. 76) ha sostenido que el ejercicio por los acreedores del medio que les brinda el artículo 1.937 no está sometido a ningún plazo de caducidad, como en cambio lo estaría una impugnación por fraude de la renuncia. Al contrario, cuanto mayor tiempo trascurra, en mejor situación se encontrará el acreedor oponente.

¹²⁶ También RODRIGUEZ MORATA (*Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, XXV-1º, Edersa, 1993, págs. 203-204) opina que dado el carácter autónomo del remedio previsto en el artículo 1.937 respecto a la acción pauliana, habrá que sostener que (...) el ejercicio por los acreedores y demás interesados en hacer valer la prescripción renunciada no está sometida a ningún plazo de caducidad.

acreedores y a cualquier interesado con independencia de la facultad del directamente beneficiado por la prescripción, es decir, con independencia de que éste renuncie a oponerla o simplemente no la oponga. Pero conviene añadir que en algún caso, cuando tengamos que recurrir a la acción pauliana porque el art. 1.937 CC sea insuficiente para proteger a los acreedores, lógicamente estará sometida a su propio plazo de cuatro años (art. 1.299 CC). Para ilustrarlo examinaremos el supuesto siguiente: la enajenación del bien por el antiguo titular.

3.4. Enajenación del bien no usucapido a un tercero

Volviendo al caso propuesto, ¿qué ocurre si el propietario hubiera enajenado a un tercero? La solución es completamente discutible. La ineficacia de la renuncia perjudicial para terceros (art. 6.2. CC), la facultad del acreedor de oponer la prescripción (art. 1.937 CC), la tutela del derecho de crédito (art. 1.111 CC), ¿hasta qué punto justificarían la impugnación de la adquisición del tercero? A nuestro juicio, los acreedores no pueden oponer la prescripción frente al tercero de buena fe que adquiere del antiguo propietario. Esta facultad se ejercita frente al titular del derecho prescrito. Frente a él la pueden ejercitar tanto el directamente beneficiado como sus acreedores y cualquier tercero mientras tengan un interés legítimo. Y del mismo modo que no se admitiría frente al tercero que el usucapiente pudiera oponer la prescripción después de la enajenación si no lo había hecho antes frente al antiguo propietario, porque es exigible una cierta diligencia y porque no se protege a ultranza al usucapiente sino que se exige que haga valer la prescripción para que se le considere dueño (luego, si no la hizo valer antes, no podrá hacerla valer después de la enajenación); del mismo modo, decimos, los acreedores no pueden hacer valer la prescripción después de la enajenación si no la hicieron valer antes. El tercero ha adquirido de propietario porque su dominio no había sido discutido por el beneficiado por la prescripción ni por sus acreedores ni por terceros interesados.

Pero si el deudor insolvente después de haber hecho valer la prescripción frente al antiguo titular, esto es, habiendo ya adquirido por usucapión, quiso renunciar a la prescripción ganada, en ese caso, creemos que los acreedores disponen de la acción pauliana

para impugnar el acto de renuncia (aplicación extensiva del art. 1.111 y conexos¹²⁷, porque, aunque el tercero no participó en el acto, se trata de un conflicto entre los acreedores y un tercero beneficiado por el acto impugnado por razón de la lesión del crédito). Por su semejanza con la liberalidad, y por ser en sí mismo lesivo, la impugnación no requiere más que la prueba del daño (art. 1.297-I CC). Impugnada la renuncia, la adquisición del tercero es impugnabile siguiendo el mismo régimen de la pauliana.

VL4. Supuestos de prescripción extintiva

Si el deudor insolvente D tiene varios acreedores, y por el transcurso del tiempo prescribe la acción que uno de éstos (A') tiene frente a él, podemos afirmar que este hecho ha beneficiado a los restantes acreedores en la medida en que, desaparecido uno de los poderes de ejecución que pesaban sobre el patrimonio del deudor común, podrán realizar el cobro de sus créditos con mayor holgura. Ahora bien, sólo se actualizará el perjuicio si A' se adelanta para exigir el cobro. Veamos los distintos supuestos.

4.1. Ejecución del crédito prescrito

Si A' intenta ejecutar su crédito sobre el patrimonio de D, los demás acreedores están facultados para intervenir en el proceso por medio de una tercería de mejor derecho y oponer la prescripción, en todo caso, haya o no renunciado D a la prescripción ganada, ex art. 1.937 CC. El resultado a que da lugar el precepto equivale a un derecho de preferencia para el cobro en favor de los restantes acreedores sobre el crédito de A'.

4.2. Concurso de acreedores

Puede ocurrir que se provoque la situación de concurso de acreedores. En este caso, como en el anterior, los acreedores de D pueden oponer frente a A' la prescripción. Aparece de nuevo la idea de que el artículo 1.937 CC da lugar a una preferencia para el cobro. En este sentido entendemos que se ha pronunciado Lacruz. Al explicar que, conforme

¹²⁷ Arts. 1.291-3º, 1.294, 1.299 CC.

al art. 1937 CC, los acreedores hacen valer la excepción como propia, ejemplifica: "Así, cuando en la discusión sobre preferencia de grado de los acreedores, uno de ellos por deuda prescrita, el otro objeta la prescripción"¹²⁸.

4.3. Pago de la deuda prescrita

Por último, pensemos qué función cumple el artículo 1.937 CC si D paga la deuda de A' antes de que los restantes acreedores puedan evitarlo. Como vemos al estudiar el tratamiento de los pagos realizados en fraude de acreedores, el pago de deuda prescrita puede subsumirse en el supuesto de hecho del artículo 1.292 CC (Manresa¹²⁹); el pago es válido, pero revocable por ser objetivamente fraudulento (Puig Brutau¹³⁰). A esto podría objetarse que si el deudor renunció a la prescripción ganada sí pudo ser compelido por su acreedor. Sin embargo, en virtud del artículo 1.937 CC, los acreedores de D podrían alegar que ese pago, aunque fuese pago debido para D (que renunció a la prescripción), no lo es con preferencia sobre ellos, acreedores perjudicados (Moreno Quesada¹³¹). El propio artículo 1.937 CC justificaría una acción de impugnación, en concreto la del artículo 1.292

¹²⁸ LACRUZ; *Elementos de Derecho civil*, I-3º, LB, 1984, pág. 374.

¹²⁹ Como explica MANRESA (*Comentarios al Código civil español*, VIII, 1901, pág. 698), el cumplimiento de lo voluntario o caducado, para dejar de prestarlo a lo obligatorio, es inaceptable y además entra de lleno en el artículo 1.292 CC, sobretodo en el caso de prescripción, ya que aquél habla de que al tiempo del pago no pudiera exigirse éste.

¹³⁰ En este sentido interpretamos las palabras de PUIG BRUTAU (*Caducidad, prescripción extintiva y usucapión*, 3ª ed. actualizada y ampliada, Bosch, Barcelona, 1996, pág. 115) cuando afirma que precisamente el valor del artículo 1.937 consiste en ser una derogación expresa del principio establecido en el art. 1.111 C.c., al regular la acción pauliana, porque tan sólo se hace necesario probar el perjuicio y no el elemento subjetivo del fraude (también lo explicaba así en *Caducidad y prescripción extintiva*, Bosch, 1986, pág. 123).

¹³¹ En este sentido, MORENO QUESADA (*Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, XVII-2º, Edersa, 1981, pág. 134) estima que es argumento importante a favor de la aplicación del art. 1.292 CC a los supuestos de pago de la obligación prescrita el de considerar que el artículo 1.937 CC subordina esa facultad de no excepcionar la prescripción, que tiene el deudor y que constituye una renuncia a ella, al interés de otras personas que puedan resultar beneficiados por la utilización de tal facultad, como es el caso de los acreedores que por dicha circunstancia se quedaran sin cobrar sus créditos.

CC (Moreno Quesada¹³²), por tratarse de un pago a cuyo cumplimiento no pudo ser compelido el deudor -en contra del interés de los restantes acreedores- al tiempo de hacerlo (Diez-Picazo¹³³, Valverde¹³⁴). En ese caso entendemos que se aplica el plazo de cuatro años de la acción pauliana, que es la que se está ejercitando (art. 1.299 CC).

VII. LA REMISION DE DEUDA Y LA RENUNCIA AL CREDITO.

Si un acreedor renunciase públicamente a la acción que tiene frente a su deudor, ¿estarían legitimados todavía sus acreedores, si es insolvente, para subrogarse en su lugar y exigir el cobro (art. 1.111 CC)? ¿En qué momento se produce una disminución patrimonial para el acreedor que renuncia? ¿Desde cuándo puede haber lesión para el derecho de crédito de sus acreedores? Y si hay lesión, ¿estarían legitimados los acreedores para impugnar el acto? Y si lo estuvieran, ¿deberían probar la mala fe del deudor favorecido por la renuncia? Para resolver estas cuestiones, tomaremos como punto de partida algunas de las conclusiones a que llega Sancho Rebullida en el artículo que dedica a la condonación, titulado

¹³² MORENO QUESADA (*Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, XVII-^{to}. Edersa, 1981, art. 1.292, págs. 133-134) estudia el problema de si el pago de una obligación prescrita deberá considerarse, o no, (...) rescindible al amparo de este artículo 1.292. Explica, con palabras de Albaladejo, que si el deudor paga la deuda prescrita, jurídicamente no puede considerarse que realiza un acto de liberalidad, sino que cumple un deber. Comparte con Manresa la idea de que el cumplimiento de lo voluntario o caducado para dejar de prestar lo obligatorio es inaceptable y entra de lleno en este artículo 1.292, sobre todo, el caso de prescripción, ya que aquél habla de que al tiempo del pago no pudiera exigirse éste.

¹³³ En relación con el supuesto que estamos contemplando, DIEZ-PICAZO (*Comentario del Código civil*, II, Ministerio de Justicia, 1993, art. 1.937, pág. 2092) ha indicado lo siguiente: "Lo que no se desprende del art. 1.937 es la ineficacia del pago que se hubiera hecho del crédito no obstante su prescripción. En este caso, la única vía posible, fuera de las hipótesis de concurso y quiebra, es la que se abre al art. 1.291".

¹³⁴ VALVERDE Y VALVERDE (*Tratado de Derecho civil español*, III, 4ª ed., Valladolid, 1937, págs. 311-312, en nota a pié) se pregunta si es posible impugnar la renuncia de la prescripción por la acción pauliana. Trae a colación el 1.937 CC en relación con el art. 2.225 del Código civil francés: "se da en ambos preferencia a los acreedores civiles sobre el beneficiario de una renuncia de prescripción". Y se pregunta: "Pero, ¿podrá ser atacado el pago de una obligación que haya prescrito ejercitando la acción pauliana?" No da la solución, aunque indirectamente parece aceptarlo por la vía del 1.292 CC.

*Notas sobre la naturaleza jurídica de la condonación de las obligaciones*¹³⁵ que, aunque quedan ya atrás en el tiempo, han sido bien consideradas por la doctrina¹³⁶.

VII.1. No se identifica la remisión de deuda con la renuncia al crédito

Entre los modos de extinción de las obligaciones figura en nuestro Código civil la condonación de deuda (art. 1.156). Pero el término *condonación* no es unívoco. De él dice el Profesor Díez-Picazo que comprende *toda una serie de supuestos, cuya naturaleza no es homogénea y que en otros lugares del sistema reciben calificativos diferentes. Así, perdón de las deudas (por ejemplo, art. 872), remisión (arts. 1.143 y 1.146), renuncia. Se habla también de quita (arts. 1.146 y 1.912) para hacer referencia a una liberación o remisión que es sólo parcial*¹³⁷. Sancho Rebullida, después de estudiar las distintas posiciones de la doctrina francesa, italiana y española, el sistema alemán y otros, concluye que *quizá la construcción doctrinal que mejor convenga a nuestro Derecho positivo sea la expuesta por Marcadé en la doctrina francesa*¹³⁸, que distingue entre la *renuncia absoluta, con la cual el acreedor quiere abandonar el crédito sin ninguna consideración para el deudor, de la remisión hecha en interés de éste para favorecerle, considerando aquélla como unilateral y ésta como bilateral siempre*¹³⁹. A efectos de este estudio, distinguiremos entre la *renuncia* al derecho de crédito, como acto abdicativo, y la *condonación* de deuda, que identificamos con el término *remisión de deuda*¹⁴⁰, y que extingue la obligación¹⁴¹. Son muchas las

¹³⁵ En la R.D.P., 1955, págs. 130-153.

¹³⁶ Por ejemplo, en líneas generales, PUIG BRUTAU (*Fundamentos...*, I-2º, 4ª ed., Bosch, 1988, págs. 366-368); PERLINGIERI, cuando estudia el sistema español (*Remissione del debito e rinunzia al credito*, Eugenio Jovene, 1968, 240 págs., pág. 29).

¹³⁷ DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEON; *Fundamentos...*, II, 4ª ed., Cívitas, 1993, pág. 561.

¹³⁸ SANCHO REBULLIDA; *Notas sobre la naturaleza jurídica de la condonación de las obligaciones*, R.D.P., 1955, págs. 130-153, pág. 144.

¹³⁹ SANCHO REBULLIDA; *Notas sobre la naturaleza jurídica de la condonación de las obligaciones*, R.D.P., 1955, págs. 130-153, págs. 138-139.

¹⁴⁰ En este sentido, MANRESA (*Comentarios al Código civil español*, VIII-1º, 6ª ed., Reus S.A., 1967, pág. 774) y SCAEVOLA (*Código civil...*, XIX, Madrid, 1902, pág. 980).

discusiones a que ha dado lugar este tema. Sin entrar en ellas más de lo necesario para este estudio, señalamos a modo de ejemplo la opinión de Sánchez Román¹⁴². Dice que *lo único posible y justo, es el derecho del acreedor a renunciar a favor de tercero, o abandonar, sin determinación de personas, los provechos o resultados del cumplimiento de la obligación, pero no el de imponer al deudor, contra su voluntad, el incumplimiento de la obligación que éste contrajo y persiste en cumplir*.

VII.2. La naturaleza y algunos caracteres de la condonación y de la renuncia al crédito

Como señala la doctrina (Díez-Picazo¹⁴³, Lacruz¹⁴⁴, Puig Brutau¹⁴⁵), dos son las principales cuestiones en torno a la figura de la condonación, como modo de extinción de las obligaciones: 1ª) la de su unilateralidad o bilateralidad, y 2ª) la de si en todo caso tiene causa gratuita o si admite onerosidad, o bien si carece de causa¹⁴⁶. Sobre la primera cuestión puede decirse que la condonación, si bien no es esencialmente bilateral,

¹⁴¹ Como escribe PUIG BRUTAU (*Fundamentos...*, I-2º, 4ª ed., 1988, pág. 366), *para que se trate de verdadera remisión o condonación de la deuda ha de producirse el efecto extintivo real e inmediato del derecho de crédito*.

¹⁴² SANCHEZ ROMAN; *Estudios...*, IV, 2ª ed., Madrid, 1889, pág. 390.

¹⁴³ DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEON; *Fundamentos...*, II, 4ª ed., Cívitas, 1993, págs. 561-562.

¹⁴⁴ LACRUZ; *Elementos...*, II-1º, 2ª ed., LB, 1985, págs. 435-436.

¹⁴⁵ PUIG BRUTAU; *Fundamentos de Derecho civil*, I-2º, 4ª ed., Bosch, 1988, págs. 367-368.

¹⁴⁶ Entre los autores de trabajos monográficos sobre la materia, se refieren a estas cuestiones, por ejemplo, SANCHEO REBULLIDA (*Notas sobre la naturaleza jurídica de la condonación de las obligaciones*, R.D.P., 1955, págs. 130-153, especialmente en págs. 138-144 y 145-149); y PERLINGIERI (*Remissione del debito e rinunzia al credito*, Eugenio Jovene, 1968, 240 págs., págs. 17 y 19, entre otras). Por ejemplo, ALBALADEJO (*Curso...*, II, 3ª ed., LB, 1984, pág. 160) indica que *conviene precisar que se trata de un acto unilateral y gratuito, porque en torno de ambas características hay desacuerdo*. Sobre la bilateralidad o unilateralidad, SERNA MEROÑO (*Notas sobre la remisión de la deuda*, en Homenaje a Juan Roca Juan, 1989, págs. 809-827, especialmente págs. 816-827) y BLASCO GASCO (*Reflexiones acerca de la condonación de la deuda*, A.D.C., 1990, págs. 59-81, en particular págs. 59-66).

como modo de extinción de las obligaciones, sí requiere -cuanto menos- que el deudor haya podido confiar en la actuación abdicativa de su acreedor (Puig Brutau¹⁴⁷, Díez-Picazo¹⁴⁸, Lacruz¹⁴⁹), mientras que la renuncia al crédito, como acto abdicativo es unilateral y no extingue de por sí la obligación. En este sentido, hablamos de la mera renuncia al crédito hasta el momento en que se haya creado una confianza en el deudor que le haga merecedor de protección¹⁵⁰; Desde ese instante, hablamos de *condonación*¹⁵¹.

¹⁴⁷ PUIG BRUTAU (*Fundamentos...*, I-2º, 4ª ed., Bosch, 1988, pág. 367) ha sabido enfocar con acierto la cuestión acerca de la unilateralidad o bilateralidad de la condonación: *"tal vez el problema no está debidamente planteado, pues lo que interesa es saber a partir de qué momento el acreedor que ha renunciado a su derecho o que libera al deudor queda impedido de revocar su decisión. (...). Lo que hace falta de manera esencial es un acto del acreedor en el que haya podido confiar el deudor. (...). El interés de confianza del deudor merece ser protegido y para ello es necesario evitar que el acreedor, después de haber provocado fundadamente tal confianza, pueda revocar su decisión."*

¹⁴⁸ DIEZ-PICAZO (*Fundamentos...*, II, 4ª ed., Civitas, 1993, págs. 561-562) afirma que *no importa tanto saber si en pura lógica la condonación ha de ser un acto unilateral o bilateral del acreedor, sino saber si el acreedor puede cambiar de parecer antes de que la aceptación recaiga, revocar la condonación y reclamar el pago. Y concluye: "En muchos casos, el silencio puede valer como aceptación tácita. De acuerdo con los usos del tráfico y con la buena fe, el deudor sólo tiene un deber de manifestarse para rechazar lo gratuito en el caso de que no lo desee"*.

¹⁴⁹ También LACRUZ (*Elementos...*, II-1º, 2ª ed., LB, 1985, págs. 435-436), partidario de la unilateralidad de la condonación, (*"aun hecho en forma unilateral, el perdón (condonación) de la deuda no debería ser revocable, pues la declaración de voluntad del acreedor abdicativa de su derecho es suficiente para provocar el efecto jurídico deseado"*), sostiene frente a la doctrina y jurisprudencia que se pronuncia a favor de exigir la bilateralidad, que *parece más razonable sostener, en la línea de Puig Brutau y Díez-Picazo, que la condonación ha de considerarse irrevocable no sólo cuando haya sido aceptada por el deudor -y a veces el silencio de éste puede ser valorado como aceptación tácita-, sino cuando la manifestación o conducta remisiva del acreedor haya despertado en el deudor una razonable confianza en su liberación, que aquél no pueda defraudar, o cuando una conducta contraria o reclamación ulterior suponga una contravención de la buena fe.*

¹⁵⁰ Por ejemplo, la doctrina entiende que se identifica la expresión empleada en el art. 1.188 CC (*renuncia de la acción*) con la remisión o condonación de deuda. Es lógico, porque el supuesto de hecho de la norma es un acto del que se da conocimiento al deudor (el acreedor entrega al deudor el documento privado justificativo del crédito) y la consecuencia jurídica es la extinción voluntaria de la obligación (que lleva implícita una renuncia de la acción del acreedor frente al deudor). Así lo expresa BLASCO GASCO (*Las presunciones de condonación*, A.D.C., 1988, págs. 1265-1287, pág. 1279): *"En la doctrina española no se discute que el artículo 1.188 del Código civil presume la condonación de la deuda, es decir, la liberación del deudor o la extinción de la obligación por condonación de la deuda."*

A partir de aquí, podemos afirmar la naturaleza gratuita de la condonación (Blasco Gasco¹⁵², Castán¹⁵³, Albaladejo¹⁵⁴, si bien se admite que pueda existir una cierta onerosidad cuando la remisión de deuda se haga en el contexto más amplio de una transacción (Díez-Picazo¹⁵⁵). Entonces no estamos ya ante una remisión de deuda en sentido estricto sino ante una figura diferente (Planiol y Ripert¹⁵⁶; y entre nuestros autores, Sánchez Román¹⁵⁷, Manresa¹⁵⁸). La condonación de la deuda es una liberalidad, semejante a una

¹⁵¹ PLANIOL y RIPERT (*Traité pratique de Droit civil français*, VII, 10ª ed., París, 1954, pág. 715), afirman que la remisión de deuda "*suppose normalement l'accord du créancier et du débiteur*". Y añaden que precisamente esto es lo que la distingue de la mera renuncia del acreedor, que consistiría en abstenerse de reclamar el pago y dejar que prescriba la deuda.

¹⁵² BLASCO GASCO (*Las presunciones de condonación*, A.D.C., 1988, págs. 1265-1287, pág. 1265) define la condonación de la deuda como *el acto o negocio jurídico gratuito en cuya virtud se extingue la deuda*.

¹⁵³ CASTAN (*Derecho civil español, común y foral*, III, Reus S.A., 1992, pág. 461) define la condonación como *la liberación de la deuda, otorgada gratuitamente por el acreedor en favor del deudor*. Y añade que, en su opinión, *la llamada legalmente condonación (...) necesariamente es un acto gratuito, una aplicación de la donación al derecho de crédito, (...) ello no excluye la existencia y eficacia de una liberación concedida sin ánimo de donar* (pág. 463).

¹⁵⁴ ALBALADEJO (*Curso...*, II, 3ª ed., LB, 1984, pág. 160) estima que la remisión o condonación de deuda *consiste en la renuncia gratuita al derecho de crédito que extingue la obligación*.

¹⁵⁵ DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEON; *Fundamentos...*, II, Cívitas, 1993, 4ª ed., pág. 562.

¹⁵⁶ PLANIOL y RIPERT (*Traité pratique de Droit civil français*, VII, 10ª ed., París, 1954, pág. 715) lo explican de este modo: "*la remise de dette est d'autre part gratuite en principe et constitue une libéralité. Mais elle n'implique pas nécessairement par elle-même l'intention libérale*". Tras admitir que puede consentirse en supuestos de novación y transacción, concluyen afirmando: "*mais dans ces cas où la remise de dette est un acte à titre onéreux, elle est confondue dans une autre opération, spécialement dénommée, de sorte que l'expression de remise de dette vise en fait à peu près uniquement l'opération consentie à titre gratuit*."

¹⁵⁷ SANCHEZ ROMAN (*Estudios...*, IV, 2ª ed., Madrid, 1889, pág. 389) afirma que *si el abandono o la renuncia no fueren gratuitos, faltará esta característica para la remisión y dará lugar a una novación o una adjudicación en pago*.

verdadera donación¹⁵⁹. Quizás podemos afirmar también la acausalidad del acto abdicativo o renuncia al crédito que en sí mismo no produce efectos, salvo que se dé a conocer al deudor de modo que éste haya podido confiar en él.

VII.3. Un tratamiento de la condonación lesiva del derecho de crédito. La irrelevancia de la renuncia al crédito

La mera renuncia al crédito que pudiera hacer el acreedor insolvente no perjudicaría el interés de sus acreedores, porque no produce efectos frente a ellos (art. 6.2 CC), de un lado, y porque en todo caso podrían subrogarse en su lugar para reclamar el cobro (art. 1.111 CC) ya que el propio acreedor que ha renunciado puede revocar su

¹⁵⁸ MANRESA (*Comentarios al Código civil español*, VIII-1º, 6ª ed., Reus S.A., 1967, pág. 774) ha indicado lo siguiente: "*Carácter esencial de la condonación (...) es la gratuidad, la falta de un equivalente del provecho que se da, porque, desde el momento en que existe, cambia la naturaleza de aquel acto, y se convierte en adjudicación en pago, (...); novación (...); transacción, (...)*".

¹⁵⁹ Destacados autores franceses lo han equiparado a la donación, como Pothier o Demolombe (según SANCHO REBULLIDA; *Notas sobre la naturaleza jurídica de la condonación de las obligaciones*, R.D.P., 1955, págs. 145-146). Sin embargo, encontramos que, en diverso sentido, otros han afirmado que la remisión de deuda se sustrae a las normas de la donación (así, PLANIOL y RIPERT, *Traité pratique de Droit civil français*, VII, 10ª ed., París, 1954, pág. 716).

Entre nuestros autores, MANRESA (*Comentarios al Código civil español*, VIII-1º, 6ª ed., Reus S.A., 1967, pág. 780) explica que la condonación tiene naturaleza análoga a la donación, *no obstante la diferencia de objeto y finalidad jurídica*, por lo que no se aplican *de un modo general y absoluto* todos los preceptos relativos a la donación.

SCAEVOLA (*Código civil...*, XIX, Madrid, 1902, pág. 980) sostiene que por su semejanza con la donación, la condonación viene a ser equiparada con ésta por el Código, y que la diferencia entre ambas es accidental.

TORRES LANA (*Comentario del Código civil*, II, Ministerio de Justicia, 1993, art. 1.187, págs. 265-266), al tratar sobre la posible remisión de la condonación a las reglas de la donación, señala que *esta remisión es discutible. Por un lado es difícil concebir la condonación sin gratuidad; se ha tratado -sin éxito (...)- de configurar supuestos de condonación sin causa donandi. Mas por otro está claro que la remisión a tales reglas no supone subsumción ni identificación*.

ALBALADEJO (*Comentario del Código civil*, I, Ministerio de Justicia, art. 618, págs. 1571-1572) distingue entre la naturaleza de la donación y la del acto de renuncia; lo que no impide calificar como liberalidad al acto de perdón de deuda o renuncia al cobro del crédito.

renuncia siempre y cuando no pueda hablarse de condonación. A partir de ese momento, es decir, desde que se hace necesario proteger la confianza del deudor en el acto de renuncia de su acreedor -por consiguiente se admite que hay condonación- la remisión de deuda es eficaz, la obligación queda extinguida con la consiguiente merma patrimonial del acreedor renunciante. Si éste, a su vez, era deudor insolvente, tendrá acreedores que hayan visto lesionado su interés por el acto de condonación.

Quizás pensando en el principio que prohíbe la renuncia a los propios derechos lesiva para terceros, Sánchez Román¹⁶⁰ señala que es necesario, cuando la remisión se realice por contrato, *que no se haga en fraude de acreedores*. Scaevola¹⁶¹ da un paso más y afirma que *es indudable que en todos aquellos casos en que proceda la rescisión del acto por fraude de acreedores, con arreglo a lo que determina el art. 1.291 y siguientes del Código, la condonación quedará sometida a las disposiciones de los mismos, pues es natural que ni perdonando una deuda, ni de ninguna otra manera, se puede disminuir el patrimonio contra las naturales esperanzas y los legítimos derechos de los acreedores*. A nuestro juicio, el principio que prohíbe la renuncia de derechos en perjuicio de terceros (art. 6.2 CC) entra en juego si la condonación tuvo lugar por un acto unilateral del acreedor que provocó la confianza del tercero. Pero tanto en este caso como si la condonación es fruto de un contrato gratuito, la solución es la misma: Los acreedores están legitimados para el ejercicio de la acción pauliana (García Amigo¹⁶², Manresa¹⁶³, Lacruz¹⁶⁴, Blasco Gasco¹⁶⁵,

¹⁶⁰ SANCHEZ ROMAN; *Estudios...*, IV, 2ª ed., Madrid, 1889, pág. 390-391.

¹⁶¹ SCAEVOLA; *Código civil*, XIX, Madrid, 1902, pág. 983.

¹⁶² GARCIA AMIGO; *Comentario del Código civil*, Ministerio de Justicia, II, 1993, art. 1.111, pág. 71.

¹⁶³ MANRESA; *Comentarios al Código civil español*, VIII, 1901, pág. 693.

¹⁶⁴ LACRUZ (*Elementos...*, II-1º, 2ª ed., 1985, LB, pág. 439) se ha pronunciado en el mismo sentido: "Cuando la condonación se haya hecho en fraude de acreedores, podrán éstos impugnarla ejercitando la acción pauliana (art. 1.111 en relación con el 1.291, 3º y concordantes Cc)."

¹⁶⁵ BLASCO GASCO (*Las presunciones de condonación*, A.D.C., 1988, págs. 1265-1287, pág. 1279) entiende que *la condonación, como acto gratuito, (...) puede ser sometido al ejercicio de la acción revocatoria o pauliana ex artículos 1.111 y 1.291.3 del Código civil*. Para el supuesto del art. 1.188 CC, especifica que en ese caso, *si los acreedores del*

Albaladejo¹⁶⁶). Como explica el Profesor Díez-Picazo¹⁶⁷, al referirse a las enajenaciones fraudulentas, *las reglas aplicables a las enajenaciones deben entenderse ampliables por vía de interpretación extensiva (...) a los actos de renuncia de derechos*, como por ejemplo, a la *renuncia por el deudor de un derecho de crédito que le pertenecía*. Es de aplicación, por tratarse de una gratuidad, la presunción de fraude del artículo 1.297 CC (en este sentido, Torres Lana¹⁶⁸, Manresa¹⁶⁹, Scaevola¹⁷⁰, y -en relación con el texto del Proyecto de 1851, García Goyena¹⁷¹). Esto equivale en la práctica a afirmar que la condonación de la deuda no es oponible frente a los acreedores de quien quedó en estado de insolvencia o incrementó su insolvencia al realizarla. Una vez probada la lesión del crédito, se pueden subrogar en lugar de su deudor para exigir del tercero el pago de lo condonado (ejercicio de

acreedor condonante quieren ejercitar la acción pauliana y revocar la condonación, deberán probar que la entrega del documento se hizo por condonación (pág. 1280); sin embargo, no parece necesario si -como él mismo señala (pág. 1279)- la doctrina entiende que en el art. 1.188 CC se presume la condonación.

¹⁶⁶ ALBALADEJO (*Curso...*, II, 3ª ed., LB, 1984, pág. 160) lo explica de este modo: refiriéndose a la condonación, dice que *excepcionalmente no procede (...) cuando se haga (...) en perjuicio de tercero (cfr. art. 1.111, segunda mitad)*.

¹⁶⁷ DIEZ-PICAZO; *Fundamentos...*, II, Civitas, 1993, 4ª ed., pág. 736.

¹⁶⁸ En este sentido se ha pronunciado TORRES LANA (*Comentario del Código civil*, II, Ministerio de Justicia, art. 1.187, pág. 267): *"Siendo la condonación un acto gratuito (...) recae sobre ella la sospecha de fraude que tiene todos los actos gratuitos a efectos de su impugnación por terceros ex art. 1.111 CC."*

¹⁶⁹ MANRESA (*Comentarios al Código civil español*, VIII, Madrid, 1901, pág. 714) advierte al comentar el art. 1.297-I CC que *así como son rescindibles las donaciones de bienes, lo son también las remisiones que el deudor otorgue a los que de él lo fueren, y esto, ya por la analogía legalmente declarada entre la condonación y las donaciones, ya porque los bienes comprenden a este efecto todo derecho no personalísimo del deudor, ya porque el art. 1111, base de esta materia, comprende indistintamente cosas y créditos*.

¹⁷⁰ SCAEVOLA (*Código civil*, XX, Madrid, 1904, art. 1297, págs. 939-940) indica que el perdón de deuda equivale a la renuncia a un derecho y, por tanto, puede entrar bajo el supuesto de hecho del art. 1.297-I CC (el autor apoya su afirmación en el art. 39 de la Ley Hipotecaria entonces vigente).

¹⁷¹ GARCIA GOYENA (*Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, Madrid, 1852, reimpresión de Zaragoza en 1974, pág. 627), al comentar el art. 1.179 del Proyecto de 1851 (que considera *como fraudulentas* las enajenaciones gratuitas del deudor insolvente) ponía como ejemplo *una remisión o quita fraudulenta*.

las acciones revocatoria y posterior subrogatoria, art. 1.111 CC).

VIII. LA RENUNCIA A DERECHOS REALES

En los supuestos de renuncia a derechos reales el fraude adquiere nuevas connotaciones. Hay que tener en cuenta que no siempre habrá un tercero beneficiado o enriquecido por el acto de renuncia y que, cuando lo haya, no será por participación del tercero en el acto de renuncia, que es por definición un negocio jurídico unilateral¹⁷², sino por efecto de la ocupación posterior, o como resultado de lo dispuesto por la ley (por ejemplo, en el art. 513 CC aparece la renuncia al usufructo como una de las causas de extinción del derecho, con el consiguiente beneficio del nudo propietario; lo mismo, en el art. 546 CC, en relación a la renuncia al derecho de servidumbre), o de la propia naturaleza de los actos jurídicos (por ejemplo, se admite la renuncia de la hipoteca, o de la prenda, o la renuncia a la pensión censal, con el consiguiente beneficio para quienes debían soportar el gravamen¹⁷³).

Entre los actos de renuncia, distinguiremos aquellos supuestos de renuncia al derecho de propiedad, de los actos de renuncia a otros derechos reales. El sentido que tiene

¹⁷² En este sentido se ha pronunciado, entre otros, DIEZ-PICAZO (*Fundamentos...*, III, Cívitas, 1995, pág. 887). Nos ocupamos aquí sólo de la renuncia así entendida, porque cuando se trate de negocios bilaterales la naturaleza del acto de renuncia se desvirtúa y es considerado por la doctrina como verdadera enajenación. Así lo indica, por ejemplo, PUIG BRUTAU (*Fundamentos de Derecho civil*, III-1º, Bosch, 3ª ed., 1989, pág. 371). Como explica DIEZ-PICAZO (*Fundamentos...*, III, Cívitas, 1995, pág. 887), *no se consideran (...) como verdaderas y auténticas renunciaciones las llamadas "renunciaciones traslativas", que carecen del efecto extintivo, y las "renunciaciones bilaterales", que carecen del necesario requisito de la unilateralidad y hacen tránsito hacia otras figuras distintas (convenio extintivo, etc.)*.

También a juicio de TRAVIESAS (*La renuncia*, en R.G.L.J., 1929, 155, págs. 554-584, pág. 557) *en realidad, no hay más que renuncia extintiva o abdicativa. (...) Mediante la renuncia se extinguen un derecho o una expectativa, o la posibilidad de adquirirlo. (...) Este caso es distinto de la llamada renuncia traslativa, o sea de aquel en que por una declaración de voluntad de una persona, aceptada por otra persona, el derecho de la primera se transmite a la segunda. (...) La renuncia traslativa es un negocio jurídico específico: venta, cesión, donación. La renuncia extintiva es forma de distintos negocios jurídicos, verbigracia, abandono de propiedad, perdón de deuda, repudiación de herencia*.

¹⁷³ Véase DIEZ-PICAZO; *Fundamentos...*, III, Cívitas, 1995, pág. 887.

hacer esta distinción es analítico, y queda justificado por los distintos efectos que produce el acto de renuncia en uno y otro caso¹⁷⁴.

VIII.1. Los actos abdicativos del derecho de propiedad

Nos referimos ahora a la derrelicción o abandono por el dueño de la cosa con voluntad de extinguir su derecho sobre ella¹⁷⁵. Por el hecho del abandono del bien por el deudor insolvente, ¿puede decirse que se ha producido un daño a sus acreedores? Como es sabido, si se trata de un bien mueble la cosa deviene *res nullius* y es susceptible de ocupación (art. 610 CC)¹⁷⁶; Sin embargo, tratándose de inmuebles pasan a ser bienes mostrencos pertenecientes al Estado¹⁷⁷. En todo caso, parece que la lesión al derecho de crédito se produce desde el abandono, ya que desde ese momento queda fuera del patrimonio deudor.

¹⁷⁴ Podríamos distinguir además un tercer grupo: la renuncia a una facultad de un derecho real en favor de un tercero. Por ejemplo, *la constitución de un derecho de usufructo*. Este acto de disposición está sujeto a la impugnación pauliana siempre que suponga una merma en el patrimonio del deudor insolvente tal *que impida la íntegra satisfacción del crédito* (LAGUNA; *La acción revocatoria y la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, R.G.D., 1993, n° 582, págs. 1259-1278, pág. 1275). Sin embargo, no lo vamos a distinguir como un tercer grupo por cuanto no se trata de una renuncia pura sino que requiere la aceptación del tercero. Como hemos visto en la nota anterior relativa al carácter unilateral de la renuncia al derecho real, no se considera que la renuncia traslativa sea una verdadera renuncia.

¹⁷⁵ Tomamos la definición del Prof. D. Luís DIEZ-PICAZO (*Fundamentos...*, III, Civitas, 1995, 4ª ed., pág. 888): "*Se denomina renuncia, abandono o también técnicamente derrelicción a aquel acto de libre voluntad del propietario, por medio del cual, desamparando o desposeyéndose de una cosa, da por extinguido su derecho de dominio sobre ella*".

También es posible, como hace BONET CORREA (*La renuncia exonerativa y el abandono liberatorio*, R.G.L.J., 211, 1961, págs. 241-296), distinguir como *facetas diversas* de la abdicación del dominio, *entre "renuncia" y "abandono"*. El autor trata de matizar que *el abandono supone un acto material, mientras que la renuncia se logra por un acto formal* (pág. 294).

¹⁷⁶ Sólo los bienes muebles son susceptibles de ocupación. En este sentido, MIQUEL (Comentario del Código civil, I, Ministerio de Justicia, 1993, art. 609, pág. 1544); PANTALEON (Comentario del Código civil, I, Ministerio de Justicia, 1993, art. 610, pág. 1551; y en los Comentarios al Código civil y Compilaciones forales, VIII-1, Edersa, art. 610, págs. 127 y siguientes). Es aceptado unánimemente por la doctrina, si bien existe algún supuesto polémico relativo a la ocupación de inmuebles (como expresan los autores citados).

¹⁷⁷ DIEZ-PICAZO (*Fundamentos...*, III, Cívitas, 1995, pág. 891).

La solución que creemos oportuna para estos supuestos es la misma si la cosa ha sido ocupada que si se trata de un bien inmueble que pasó a pertenecer al Estado; pero cambia si la cosa abandonada es un bien mueble que no ha sido ocupado (*res nullius*).

1.1. Si la cosa abandonada es un bien mueble y ha sido ocupada o si se trata de un bien inmueble

En virtud del principio que declara la ineficacia de la renuncia de derechos lesiva del interés de los terceros (art. 6.2 CC), podemos afirmar que los acreedores del renunciante insolvente están legitimados para impugnar el acto de renuncia perjudicial. Como en los casos que hemos visto antes, el cauce adecuado para la aplicación de aquél principio cuando se trata de la tutela del derecho de crédito es la aplicación extensiva de la acción pauliana. En este sentido tomamos las palabras del Profesor Díez-Picazo cuando explica que *la derrelicción irregular puede quedar ineficaz*, y añade que -entre otras causas- *es irregular (...) por fraude de acreedores*. En cuanto a la vía para hacer valer la ineficacia por fraude de acreedores, afirma con rotundidad que *es incuestionable que la derrelicción puede ser impugnada mediante el ejercicio de la acción pauliana, incluso frente al ocupante de la cosa*¹⁷⁸.

1.2. Si la cosa mueble no ha sido ocupada (res nullius)

Este supuesto es el único que tiene, a nuestro juicio, una solución distinta entre los de renuncia a derechos reales en perjuicio del acreedor. En los demás, entra en conflicto el interés del acreedor con el del tercero que se ha beneficiado por el acto de abandono. Pero si la cosa mueble sigue estando abandonada, en el mismo estado en que se dejó, no hay tal conflicto de intereses. Por esta razón no tiene sentido aplicar la acción pauliana para la que está previsto el plazo de cuatro años precisamente en atención a la seguridad del tráfico, sino otra acción declarativa de la ineficacia del acto de renuncia perjudicial para los acreedores, conforme al artículo 6.2 CC y sin plazo para su ejercicio (tan sólo juega el plazo de exigibilidad del propio derecho de crédito).

¹⁷⁸ DIEZ-PICAZO; *Fundamentos...*, III, Cívitas, 1995, pág. 891.

VIII.2. Los actos de renuncia a otros derechos reales

La renuncia a derechos reales limitativos de la propiedad da lugar a la extinción del derecho y consiguiente beneficio del propietario, que queda liberado de la limitación de su derecho. Sin embargo, la eficacia de la renuncia podrá impugnarse cuando sea lesiva del derecho de crédito (arts. 6.2 y 1.111 CC). Como señala Puig Brutau en relación con el usufructo, *la renuncia en ningún caso podrá tener eficacia si perjudica a tercero; en concreto, si se hace en fraude de acreedores*¹⁷⁹. A pesar del carácter irrevocable que tiene la renuncia abdicativa para el renunciante, la protección de los acreedores justifica la revocación de la renuncia lesiva (Puig Brutau)¹⁸⁰. Además, en estos casos cabe añadir, en lo referente a la objetivación del fraude, que la renuncia a un derecho real sobre cosa ajena puede calificarse de liberalidad¹⁸¹ y ser tratada como tal¹⁸². El artículo 2.933 del Código civil argentino recoge el supuesto de la renuncia del usufructuario en relación con la protección de sus acreedores. La solución es semejante a la que proponemos: *"Los acreedores del usufructuario pueden pedir la revocación de la enajenación o renuncia del derecho del usufructuario, sin estar obligados a probar que ha habido un interés fraudulento al hacerse"*.

Lo mismo cabe decir en cuanto a la renuncia de un comunero a su cuota (acto que provoca el acrecimiento de los copartícipes¹⁸³) cuando sea realizada por el deudor

¹⁷⁹ PUIG BRUTAU; *Fundamentos...*, III-2º, 1979, pág. 333.

¹⁸⁰ Con carácter general afirma PUIG BRUTAU (*Fundamentos...*, III-1º, 3ª ed., Bosch, 1989, pág. 371) que la renuncia abdicativa *es un negocio jurídico (...) que ha de considerarse irrevocable, sin perjuicio de la posibilidad de impugnación por los acreedores que la consideren perjudicial para sus intereses (art. 1.111...)*.

¹⁸¹ En este sentido se pronuncia ALBALADEJO (*Comentario del Código civil*, I, Ministerio de Justicia, 1993, art. 618, pág. 1571).

¹⁸² SCAEVOLA (*Código civil*, XX, Madrid, 1904, art. 1.297, pág. 939) afirmaba en este sentido -y conforme al art. 39 de la Ley Hipotecaria entonces vigente- que son rescindibles por fraude de acreedores los actos de renuncia a un derecho real, que recibirán el mismo trato que las enajenaciones a título gratuito.

¹⁸³ Por ejemplo, LACRUZ (*Elementos...*, I-3º, LB, 1984, pág. 107) explica que *la renuncia de un comunero a una cuota en el consorcio enriquece a sus copartícipes (acrecimiento)*. También J.Mª. MIQUEL GONZALEZ (*Comentario del Código civil*, I,

solvente. Es discutible si la renuncia a la cuota en la cosa común requiere el consentimiento de los demás condueños. Como renuncia que es -dice el Profesor Miquel- no requiere el consentimiento de los demás condueños¹⁸⁴. Algunos autores han visto en la renuncia o abandono de un piso o local que se halle situado en un edificio en régimen de propiedad horizontal (...) una renuncia traslativa y no una verdadera renuncia abdicativa, porque teniendo en cuenta que la cosa supone la contribución a los gastos del conjunto, su abandono se configura como "una dejación de lo incómodo que repercute en los otros sujetos de la pluralidad de uso y contribución, que, consecuentemente, junto a lo incómodo deben de recoger el beneficio" (Batlle Vázquez). Es decir, se trataría de una renuncia traslativa, sin producir una exoneración de cargas de efecto retroactivo, correspondiendo el piso abandonado a los restantes propietarios en proporción al valor del que previamente ya tenían en propiedad (Puig Brutau, siguiendo a Batlle¹⁸⁵). Sin pretender ahora tomar una postura en torno a naturaleza y efectos de la renuncia liberatoria, seguimos la línea marcada por el Profesor Miquel: la renuncia a la cuota no requiere el consentimiento de los copartícipes. Se trata de un acto unilateral que libera de las obligaciones de contribución a la conservación de la cosa desde que los demás copropietarios tuvieron conocimiento del abandono y que acrece a éstos en proporción a sus cuotas. Como en los casos anteriores, si el acto de renuncia es perjudicial para los acreedores, podrán impugnarlo (art. 6.2 CC y acción revocatoria del art. 1.111 CC por aplicación extensiva).

Es particular, sin embargo, el supuesto de renuncia a derechos reales en cosa ajena en perjuicio de derechos adquiridos por otros. En concreto, pensamos en la renuncia al usufructo realizada por quien previamente había constituido una hipoteca sobre él. En este caso, la renuncia al usufructo no extingue el derecho en perjuicio del acreedor hipotecario,

Ministerio de Justicia, 1993, pág. 1081) señala que *la parte que le pertenece al condueño en el dominio, aumenta la parte de los demás comuneros que no renuncian.*

¹⁸⁴ MIQUEL; *Comentario del Código civil*, I, Ministerio de Justicia, 1993, art. 395, pág. 1080. Explica que por esta razón *no puede calificarse de dación en pago*. Y señala en contra la opinión de González Palomino. También ROCA JUAN (*La renuncia liberatoria del comunero*, A.D.C., 1957, I, págs. 91-125, especialmente en págs. 119-120) manifiesta su desacuerdo con la tesis de González Palomino que concibe *la facultad del comunero como un supuesto de dación en pago*.

¹⁸⁵ PUIG BRUTAU; *Fundamentos...*, III-2º, 1979, pág. 145.

por aplicación del principio contenido en el art. 6.2 CC¹⁸⁶ encauzado para este supuesto en el art. 107.1º de la ley hipotecaria¹⁸⁷.

IX. CONCLUSIONES

El problema que plantea la disparidad normativa y la pluralidad de supuestos en orden a una sistematización del tratamiento de la renuncia lesiva del derecho de crédito requeriría el estudio separado de cada uno de los supuestos y de las normas que les son aplicables. De este análisis extraemos las siguientes conclusiones: En el artículo 6.2 CC se establece un principio que prohíbe la renuncia a los derechos lesiva para terceros. Encontramos aquí una fórmula genérica de la objetivación del fraude en los actos de renuncia: Los actos abdicativos perjudiciales para los acreedores son ineficaces, con independencia de la buena o mala fe de quien renuncia o del tercero que pueda beneficiarse por el acto de renuncia. Como tal principio sólo tiene aplicación directa en defecto de una norma positiva específica (art. 1.4 CC). Podemos distinguir entre aquellos supuestos de renuncia en los que tiene aplicación directa y aquellos otros en que es aplicable una norma específica o bien la genérica acción pauliana.

1º La regla de la ineficacia de la renuncia en perjuicio de acreedores (artículo 6.2 CC) tiene aplicación directa cuando del acto de renuncia no resulte un tercero mediata o inmediatamente beneficiado. Son los casos de abandono de cosa mueble, que deviene *res nullius*, cuando no ha sido ocupada. El supuesto es probablemente ficticio, difícilmente se dará en la práctica tratándose de un insolvente. Los acreedores cuyo crédito se vea lesionado están legitimados para solicitar que se declare la ineficacia de la derrelicción por ser un acto de renuncia que les perjudica, sin límite de tiempo para el ejercicio de la acción. No tiene

¹⁸⁶ En este sentido, LACRUZ (*Elementos...*, I-3º, LB, 1984, pág. 109).

¹⁸⁷ La hipoteca no se extingue hasta que se cumple la obligación asegurada o hasta que venza el tiempo en que el usufructo hubiera concluido sin mediar dicha renuncia (PUIG BRUTAU; *Fundamentos...*, III-2º, 1979, pág. 333). El mismo autor interpreta que el artículo 107.1º de la ley hipotecaria se aplica también cuando se trata del derecho de superficie (pág. 161).

sentido, sin embargo, la acción pauliana porque está prevista para los casos en que el derecho de crédito entra en conflicto con los intereses de un tercero.

2º Cuando del acto de renuncia resulte un tercero mediata o inmediatamente beneficiado no tiene aplicación directa el artículo 6.2 CC. Para estos casos existen en el Código civil acciones o medidas que concretan la aplicación de aquél principio. Junto a la genérica acción pauliana, existen dos remedios especiales: la acción prevista en el artículo 1.001 CC, para la repudiación de herencia¹⁸⁸, y la medida protectora del crédito que recoge el artículo 1.937 CC, que consiste en la facultad que se otorga a los acreedores de oponer la prescripción a pesar de la renuncia del deudor. Los restantes actos abdicativos que pueden lesionar el derecho de los acreedores de quien renuncia (por ejemplo, la remisión de deuda y la renuncia a derechos reales¹⁸⁹) son impugnables por medio de la acción pauliana (art. 1.111 CC), según el régimen particular de las liberalidades, esto es, sin que sea necesario probar la intención de defraudar del deudor ni del tercero beneficiado directa o indirectamente por el acto. Probado el daño, el acto de renuncia se declara ineficaz en la medida necesaria para evitarlo.

Al margen de lo dicho queda el supuesto de no aceptación de la donación. Nadie está obligado a enriquecerse; tampoco el deudor insolvente. Por esta razón en nuestro ordenamiento como en el antiguo Derecho romano, es irrelevante el hecho de que el deudor no acepte la donación que se le ofreció. No se puede definir la no aceptación de la donación como un acto de renuncia porque el que lo realiza no se despoja de ningún derecho¹⁹⁰.

¹⁸⁸ Su aplicación analógica en caso de renuncia al legado sólo puede admitirse con dificultad. Sin embargo, el ejercicio de la acción pauliana sí puede afirmarse en ese caso.

¹⁸⁹ Salvo cuando se trata del abandono de bienes muebles que no han sido ocupados.

¹⁹⁰ Sin embargo en nuestro sistema, a diferencia del romano, no es intrascendente la repudiación de herencia o la renuncia al legado, cuando se trata de actos del deudor insolvente, porque en ambos casos el acto lleva consigo un empobrecimiento, se trata -tal y como se configura hoy el Derecho sucesorio- de actos de renuncia a derechos de contenido patrimonial.

LOS PAGOS HECHOS EN ESTADO DE INSOLVENCIA

I. Introducción

II. Las reglas aplicables. Distintos resultados de su aplicación

III. El pago de obligaciones a cuyo cumplimiento no puede ser compelido el deudor: una interpretación del artículo 1.292 CC

III.1. El pago en virtud de una obligación sometida a condición

III.2. El pago anticipado. Es el supuesto propio del art. 1.292 CC

III.3. El pago de una obligación natural

III.4. El pago de una obligación prescrita

III.5. El pago de una obligación nacida de un contrato anulable

III.6. El pago en virtud de deudas de juego

III.7. El pago de una obligación supuesta o en virtud de un contrato nulo

III.8. El pago en virtud de un procedimiento judicial que después se declara nulo e ineficaz

IV. El pago de obligaciones vencidas y exigibles

IV.1. Del alcance del principio de la *par condicio creditorum*

1.1. Como una regla por la que se rigen los procedimientos concursales

1.2. Como determinante de un deber del deudor. ¿Un deber de presentarse en estado de insolvencia?

A. Del deber de presentarse en concurso

B. Del deber de presentarse en estado de suspensión de pagos o en estado de quiebra

1.3. Como garantía de un interés protegido de los acreedores. ¿*Par condicio* fuera del concurso o de la quiebra?

IV.2. ¿*Consilium fraudis* en el pago de obligaciones exigibles?

IV.3. ¿Existen casos en que un acreedor deba abstenerse de cobrar? El abuso del derecho: Una solución fuera del ámbito del fraude

V. Conclusiones

I. INTRODUCCION

Los pagos hechos en estado de insolvencia¹ son pagos válidamente realizados. El deudor cumple con su obligación. El derecho del acreedor queda satisfecho. Pero un pago hecho en estado de insolvencia puede ser objetivamente lesivo para los restantes acreedores, por cuanto pierden o disminuyen sus expectativas de cobro. En determinadas circunstancias la justicia del pago es -cuanto menos- discutible.

¹ Con frecuencia se acusa la dificultad que existe para definir el concepto de insolvencia (Por ejemplo, ORDUÑA MORENO, en *La insolvencia*, Tirant lo blanch, Valencia, 1994, págs. 21 y siguientes). No obstante, partimos de un concepto que se aproxima al trazado por MANRESA al comentar el artículo 1.292 CC (*Comentarios al Código civil español*, VIII, Madrid, 1901, pág. 697). Lo explica así: "*Conviene precisar lo que se entiende por estado de insolvencia. La idea vulgar de éste casi lo confunde con la carencia de bienes inmuebles: (...). En esa idea vulgar hay algo, aplicado a la práctica, del concepto real de insolvencia, que significa la falta de garantías, de bienes conocidos, que representen una esperanza de efectividad para los acreedores, sean aquellos bienes inmuebles o muebles, capitales o rentas, valores, sueldos, haberes, etc. La falta de seguridad, el temor racional de que sea ilusorio un crédito, esa carencia de bienes conocidos, constituye la insolvencia; puede explicarse diciendo que es la situación económica de una persona que hace imposible, o lo deja de hecho a su voluntad, el cumplimiento de sus obligaciones. Algo de notorio y público, para los efectos con relación a tercero, completa la idea de la insolvencia, que se comprende mejor que puede definirse. / La insolvencia, que no es la miseria, ni se opone a la ostentación de que haga alarde un deudor, no es tampoco incompatible con que éste conserve algunos recursos reconocidos, si después de las enajenaciones o pagos hechos, son aquéllos notoriamente insuficientes con relación a las obligaciones que sobre el interesado pesen*".

Más aún coincide el concepto de insolvencia que manejamos con el que describe SCAEVOLA (*Código civil*, XX, Madrid, 1904, págs. 917-920) al comentar el artículo 1.292 CC. Insiste en que la insolvencia es una cuestión de hecho a determinar por los Tribunales. A juicio del autor, opinión que compartimos plenamente, *el estado de insolvencia a que se refiere el presente artículo, no puede ser otro, (...), que el que acusa la total imposibilidad de pagar en todo o en parte el crédito a cuyo nombre se ejecutó la acción rescisoria*.

El siguiente texto del Profesor Luís Díez-Picazo nos impulsa a reflexionar sobre si es posible o no y en qué casos declarar revocable -conforme a nuestro ordenamiento- el pago hecho en estado de insolvencia con perjuicio para los restantes acreedores:

"La aplicación de la doctrina del fraude a los pagos no ha sido pacífica. Existe una primera posición negativa del carácter fraudulento de un pago. El acreedor que cobra lo que se le debe, no hace otra cosa que ejercitar su derecho y no defrauda a nadie (qui suum recepit nullum videre fraudem facere). Sin embargo, no cabe duda de que el hecho de pagar a un acreedor y dejar de pagar a los demás entraña para éstos un perjuicio y para aquél un ilícito enriquecimiento en cuanto que se altera injustamente la par conditio creditorum".

"El Código ha seguido un camino intermedio y en el art. 1.292 declara que son rescindibles los pagos hechos en estado de insolvencia por cuenta de obligaciones a cuyo cumplimiento no podía ser compelido el deudor al tiempo de hacerlos. (...) "².

Estas son las corrientes de opinión que adopta la doctrina a la hora de enjuiciar el tratamiento que merecen los pagos hechos en estado de insolvencia. Cada una de ellas responde a un distinto juego de las reglas jurídicas aplicables. Optar por un sistema u otro no es fácil porque los propios principios y preceptos se ajustan mal entre sí, por lo que el argumentar en uno u otro sentido parece quedar al arbitrio del propio concepto que se tenga de la tolerabilidad del pago cuando se realiza en determinadas circunstancias.

II. LAS REGLAS APLICABLES. DISTINTOS RESULTADOS DE SU APLICACION

En nuestro ordenamiento juegan dos principios generales que pudieran juzgarse contradictorios: de un lado, el principio de protección al acreedor diligente y, de otro, el principio de la *par conditio creditorum*. Además, varios preceptos establecen la revocabilidad de los pagos hechos en estado de insolvencia por cuenta de deudas no vencidas, a la vez que -en difícil consonancia con lo anterior- se declara estimable el vencimiento anticipado de las

² L. DIEZ-PICAZO; *Fundamentos...*, II, Cívitas, 4^a ed., 1993, pág. 736.

deudas por insolvencia del deudor³. Por último, no ha sido ajeno a nuestro ordenamiento un cierto deber impuesto al deudor insolvente de presentarse en estado de concurso o quiebra⁴, como tampoco lo ha sido el deber del acreedor de evitar en los convenios que realice con el deudor el perjuicio de los restantes acreedores⁵.

A partir de estos elementos, la doctrina española suele coincidir al afirmar con carácter general que son revocables algunos pagos hechos en estado de insolvencia. Pero las

³ Así, en el orden civil encontramos los artículos 1.292 y 1.129-1º CC. En el orden mercantil, los artículos 879 y 880.3º, 890.13 y 883 CCo. También en el orden penal se encontraba tipificada la conducta de quien paga anticipadamente en perjuicio de acreedores (art. 524.5º del antiguo Cp, anterior a la reforma de 1996; y art. 520 del antiguo Cp en relación con el art. 890.13 CCo).

⁴ Arts. 1913 CC; 889.I.2º CCo y 523.5º del antiguo Cp.

⁵ Se trata de convenios posteriores a la declaración de quiebra: Art. 525.4º del antiguo Cp; así como el art. 522 del antiguo Cp en relación con el art. 893.8º CCo. Hasta mayo de 1996, estando vigente el anterior Código penal, podían resultar sancionadas algunas conductas de los acreedores que colaborasen en el delito de insolvencia fraudulenta del deudor. Se trata de actuaciones que tienen lugar una vez abierto el procedimiento de quiebra o de concurso. Nos referimos a los siguientes supuestos, relativos a los acreedores del deudor comerciante y no comerciante respectivamente:

1º En relación con los acreedores del comerciante.- Según el artículo 522 del antiguo Código penal: *"Serán penados como cómplices del delito de insolvencia fraudulenta los que ejecutaren cualesquiera de los actos que se determinan en el artículo 893 del Código de Comercio"*. Y, el art. 893 CCo: *"Serán considerados cómplices de las quiebras fraudulentas: (...) 8º Los acreedores legítimos que, en perjuicio y fraude de la masa, hicieren con el quebrado convenios particulares y secretos"*. Estos acreedores pierden todo derecho a la masa de la quiebra y son condenados *a reintegrar a la misma masa los bienes, derechos y acciones sobre cuya sustracción hubiere recaído la declaración de su complicidad, con intereses e indemnización de daños y perjuicios* (art. 894 CCo).

2º En relación con los acreedores del no comerciante.- El artículo 525-4º del mismo Código penal había previsto lo siguiente: *"Serán penados como cómplices del delito de insolvencia fraudulenta, cometida por el deudor no dedicado al comercio, los que ejecutaren cualquiera de los actos siguientes: (...) 4º Celebrar con el concursado conciertos particulares en perjuicio de otros acreedores"*.

En el nuevo Código penal (L.O. 10/95 de 23 de noviembre, B.O.E. de 24 de noviembre de 1995) también se sanciona en el artículo 259 la conducta del deudor que *una vez admitida a trámite la solicitud de quiebra, concurso o suspensión de pagos, sin estar autorizado para ello ni judicialmente ni por los órganos concursales, y fuera de los casos permitidos por la Ley, realice cualquier acto de disposición patrimonial o generador de obligaciones, destinado a pagar a uno o varios acreedores, preferentes o no, con posposición del resto*. Aunque no está especificado en el nuevo Código penal, la conducta del acreedor o acreedores beneficiados probablemente pueda ser sancionada si hubo complicidad en el delito del deudor.

discrepancias comienzan a la hora de detallar qué pagos pueden impugnarse y cuáles deben ser tolerados. La gama de opiniones va paulatinamente ensanchando el número de supuestos impugnables hasta llegar a admitir la posibilidad de impugnación del pago hecho en estado de insolvencia por cuenta de obligaciones vencidas y exigibles, es decir, hasta llegar a admitir la posibilidad de *consilium fraudis* en un pago al que pudo ser compelido el deudor al tiempo de hacerlo. A continuación, iremos analizando los distintos supuestos.

III. EL PAGO DE OBLIGACIONES A CUYO CUMPLIMIENTO NO PUEDE SER COMPELIDO EL DEUDOR: UNA INTERPRETACION DEL ARTICULO 1.292 CC

En el artículo 1.292 CC se recoge un supuesto genérico de pago objetivamente fraudulento. En él quedan subsumidos todos aquellos *pagos hechos en estado de insolvencia por cuenta de obligaciones a cuyo cumplimiento no podía ser compelido el deudor al tiempo de hacerlos*. En contra de lo que dijera Scaevola⁶, hoy podemos afirmar que estos pagos son revocables sin necesidad de probar la intención de defraudar. En este sentido se han pronunciado, por ejemplo, los Profesores Díez-Picazo⁷, Moreno Quesada⁸ y Morales

⁶ SCAEVOLA; *Código civil*, XX, Madrid, 1904, págs. 919-920. Comentando el art. 1292, escribía: "Al Tribunal corresponde decidir si el pago se verificó en estado de insolvencia, o sea en forma que hiciera imposible el cobro en todo o en parte de los otros acreedores, y si esto tuvo lugar con la malicia y el engaño que impone el fraude, elemento preciso para la interpretación y para la aplicación de este artículo, que se desprende necesariamente de la relación entre el mismo y el ya citado 1291". La postura que toma el autor se justifica por la concepción subjetiva del fraude que imperaba en la época y que no concebía la posibilidad de declarar fraudulento y revocable un acto que no estuviera teñido por la actitud taimada del deudor.

⁷ También L. DIEZ-PICAZO se había pronunciado en este sentido (*El pago anticipado*, R.D.M., 1959; en *Estudios de Derecho Privado*, Cívitas, 1980, págs. 155-208, pág. 206): "La rescisión de un pago, conforme al artículo 1.292, precisa únicamente la concurrencia de dos requisitos de carácter objetivo: el estado de insolvencia del deudor y la inexigibilidad de la obligación en el momento de hacerse el pago".

⁸ MORENO QUESADA (*Comentario del Código civil*, II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pág. 528) extrae del artículo 1.292 CC la idea de que *el fraude está implícito en el pago de la deuda inexigible*.

Moreno⁹. La impugnación tan sólo requiere la prueba del perjuicio ocasionado por el pago de la obligación inexigible, aunque Moreno Quesada niega incluso que esto sea un requisito para el ejercicio de la acción¹⁰. Probablemente lo correcto sea, como hace Díez-Picazo, decir que *lo que ocurre es que el perjuicio se deduce necesaria e implícitamente del hecho de pagar una deuda inexigible en estado de insolvencia*¹¹.

¿Cuáles son las circunstancias concretas que afectan a la obligación de tal modo que puede hablarse de la imposibilidad de compeler al deudor a satisfacerla en un momento determinado? ¿La condición? ¿El plazo? ¿La prescripción? ¿El que se trate de una obligación natural? Veamos caso por caso, a fin de determinar el contenido preciso del art. 1.292 CC y la razón de ser de la norma, en busca de un criterio que pueda orientarnos para la tipificación de la fraudulencia del pago.

III.1. El pago en virtud de una obligación sometida a condición

Los pagos realizados en virtud de una obligación sujeta a condición suspensiva todavía pendiente son pagos a cuyo cumplimiento no pudo ser compelido el deudor al tiempo de hacerlos. En principio, parece que el supuesto entraría de lleno en el artículo 1.292 CC

⁹ MORALES MORENO (*Enajenaciones de bienes en fraude de acreedores*, Conferencia inédita pronunciada el 25 de marzo de 1992 en el seminario sobre *Problemas jurídicos de los actos en fraude de acreedores*, organizado por Management Forum España S.A.) dice que el supuesto del art. 1.292 CC *no debe ser tratado como presunción ("iuris tantum"), sino como verdadero supuesto de fraude*. Y añade que *el supuesto de fraude que contempla el art. 1292 es un supuesto objetivo. El fraude se produce aunque el tercero ignore la insolvencia del deudor*.

¹⁰ MORENO QUESADA; *Comentario del Código civil*, II, Ministerio de Justicia, 1991, pág. 528. El autor señala que *no hay necesidad de que se pruebe el perjuicio ocasionado*. Pero nos parece más acorde con la naturaleza de la revocatoria la necesidad de probar la lesión, porque si precisamente la acción viene a sanar el perjuicio injusto que causa un acto válido (DE CASTRO, *El negocio jurídico*, 1971, Cívitas, reimpresión de 1991, pág. 520) en ningún caso su ejercicio puede prescindir de la prueba del elemento objetivo -*eventus damni*- del fraude.

¹¹ DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEON; *El pago anticipado*, R.D.M., 1959, en *Estudios de Derecho Privado*, Cívitas, 1980, pág. 206.

porque la deuda sólo es exigible cuando se cumpla la condición¹². Sin embargo, la cuestión no es del todo clara.

García Goyena, al comentar el artículo 1.180 del Proyecto de 1851 (precedente del actual art. 1.292 CC y que emplea las mismas expresiones) dice que ese artículo *sólo* se refiere a pagos de obligaciones a plazo que no había vencido al tiempo de hacerse el pago¹³. Los autores que han tratado el art. 1.292 CC con frecuencia refieren el supuesto de hecho del precepto básicamente a los pagos de obligaciones a plazo, pero suelen apreciar también la posibilidad de aplicar el artículo a los pagos de obligaciones sometidas a condición suspensiva, como iremos viendo. El Profesor Díez-Picazo no se refiere -a estos efectos- directamente a ellos en algunas de sus obras (ni en los *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, ni en *Instituciones...*). Y si bien en su trabajo sobre *El pago anticipado*¹⁴ sí admite que la amplitud de la expresión empleada por el legislador en el art. 1.292 CC comprendería entre otras a las obligaciones condicionales, aclara a continuación que el precepto no obstante parece pensado especialmente para otro supuesto (en concreto, para el pago de obligaciones sometidas a plazo). Partidarios de apreciar la aplicabilidad del art. 1.292 a las obligaciones condicionales se muestran, entre otros, Scaevola¹⁵, Manresa¹⁶ o, más próximos a nosotros, Moreno Quesada¹⁷ y Lalaguna¹⁸. En el ámbito mercantil de la

¹² No se discute la no exigibilidad de la deuda antes del cumplimiento de la condición suspensiva. Por ejemplo, DIEZ-PICAZO (*Fundamentos...*, II, Cívitas, 1993, 4ª ed., pág. 357) explica que *sólo la llegada de la condición determina la exigibilidad de la deuda y que por consiguiente durante la fase de pendencia la obligación no es exigible (cfr. art. 1.113)*. No nos referimos a los pagos de obligaciones sometidas a condición resolutoria porque en este caso estamos ante obligaciones exigibles, según el tenor del artículo 1.113 CC.

¹³ GARCIA GOYENA; *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, Madrid, 1852, en la reimpresión de Zaragoza/1974, pág. 627.

¹⁴ En los *Estudios de Derecho Privado*, Cívitas, 1980, pág. 205, publicado antes por la R.D.M. en 1959.

¹⁵ SCAEVOLA; *Código civil*, XX, Madrid, 1904, pág. 917.

¹⁶ MANRESA; *Comentarios al Código civil español*, VIII, Madrid, 1901, págs. 697-698.

¹⁷ MORENO QUESADA; *Comentario del Código civil*, Ministerio de Justicia, II, Madrid, 1991, art. 1292, pág. 527; y en los *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, XVII-2º, Edersa, 1981, art. 1292, pág. 133.

quiebra, el Profesor Rojo Fernández-Río¹⁹ dice que la doctrina estima aplicable el art. 879 CC a los pagos de obligaciones sometidas a condición todavía pendiente de cumplirse. El precepto se refiere a la revocación en favor de la masa de la quiebra de aquellos pagos efectuados *en los quince días precedentes a la declaración de quiebra, por deudas y obligaciones directas cuyo vencimiento fuere posterior a ésta*. ¿Con qué tropiezo la aplicación del art. 1.292 CC a los pagos que estamos contemplando?

En algunas ocasiones el acreedor que pudiera resultar perjudicado por ese pago tiene otros medios para la protección de su derecho de crédito. Nos referimos a aquellos supuestos en que el pago haya sido efectuado por error del deudor. En este caso, el deudor puede repetir lo que haya pagado antes del cumplimiento de la condición (art. 1.121-II CC)²⁰, por el carácter indebido del pago²¹. Si se admite la posibilidad de repetir el cobro estando pendiente todavía la condición, entonces podríamos decir que los acreedores del

¹⁸ LALAGUNA; *La acción revocatoria y la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, R.G.D., 1993, n° 582, págs. 1259-1278, pág. 1275.

¹⁹ ROJO FERNANDEZ-RIO; *Introducción al sistema de reintegración de la masa de la quiebra*, R.D.M., 151, 1979, pág. 37 y siguientes, pág. 97.

²⁰ Limitamos el alcance del art. 1.121-II CC al supuesto de pago por error siguiendo la explicación que L. DIEZ-PICAZO hace en los *Fundamentos...* (II, Cívitas, 4ª ed., 1993, pág. 358). El autor no duda que la norma se aplica en los supuestos de pago por error, pero si manifiesta su reticencia a una aplicación directa e indiscriminada del precepto cuando *el deudor ha ejecutado la prestación, antes del cumplimiento de la condición, pero sin incidir en ningún tipo de error*. Y señala que en ese caso *el supuesto deberá ser valorado de acuerdo con la intención de las partes*. Esa valoración admite, a juicio del autor, dos soluciones. Una, considerar que se trata de una modificación voluntaria de la obligación, *que deja de ser una obligación condicional para convertirse en una obligación pura*. La segunda posible solución consiste en admitir el anticipado cumplimiento como situación provisional, dejando el derecho de restitución pendiente de la frustración de la condición, (...) *en lugar de ser una obligación bajo condición suspensiva funcionaría como una obligación bajo condición resolutoria*. Poniéndonos en cualquiera de las dos soluciones nos encontramos con que podría negarse la acción de repetición del pago de la obligación sometida a condición, si la voluntad de las partes efectivamente estaba en modificar la obligación.

²¹ El fundamento de la concesión de esta facultad al deudor parece ser el carácter indebido del pago. DIEZ-PICAZO (*Fundamentos...*, II, Cívitas, 1993, pág. 358) señala que la norma *parece fundarse por lo menos prima facie en el carácter objetivamente indebido del pago hecho antes del cumplimiento de la obligación*. Siguiendo a Díez-Picazo se pronuncia en idéntico sentido ALVAREZ VIGARAY (*Comentario del Código civil*, II, Ministerio de Justicia, 1991, art. 1.121, pág. 91).

deudor que pagó pueden subrogarse en su lugar para ejercitar esa facultad de repetición²² (art. 1.111 CC)²³. Siendo esto así, resulta que la revocación del pago por la vía del art. 1.292 CC sólo tendrá lugar cuando no se admita la repetición del mismo²⁴, pues en otro caso los acreedores disponen de un medio distinto (la acción subrogatoria) para obtener la satisfacción de sus créditos y deberán emplearlo antes de acudir a la pauliana dado el carácter subsidiario de la acción (arts. 1.291-3º y 1.294 CC)²⁵. Otros autores han sostenido concepciones distintas sobre la aplicación del art. 1.292 CC a los pagos de la obligación condicional; Ponen en conexión la posibilidad de revocar el pago con el carácter inexigible de éste, pero asocian la inexigibilidad con la posibilidad de repetirlo, por lo que -en contra

²² La posibilidad de que el acreedor se subrogue en lugar del deudor para el ejercicio de la acción de repetición del art. 1.121 CC cuando éste pagó antes de que se cumpliera la condición, ha sido estimada por A.M. MORALES MORENO (*Enajenaciones de bienes en fraude de acreedores*, Conferencia inédita pronunciada el 25 de marzo de 1992 en el seminario sobre *Problemas jurídicos de los actos en fraude de acreedores*, organizado por Management Forum España S.A.).

²³ Una vez que la condición se cumple *la repetición es improcedente* (ALVAREZ VIGARAY; *Comentario del Código civil*, II, Ministerio de Justicia, 1991, art. 1.121, pág. 91).

²⁴ A.M. MORALES MORENO (*Enajenaciones de bienes en fraude de acreedores*, Conferencia inédita pronunciada el 25 de marzo de 1992 en el seminario sobre *Problemas jurídicos de los actos en fraude de acreedores*, organizado por Management Forum España S.A.) expresaba así esta idea: "El crédito bajo condición suspensiva pagado anticipadamente permite la repetición (art. 1121 II); pero debemos entender que tal repetición es posible si hay error en el pago (error acerca de la existencia de la condición). Esto resulta del juego normal de la autonomía de la voluntad. En estos casos de pago voluntario es en los que cobra valor lo que dispone el art. 1292 CC". Esta postura supone un modo concreto de interpretar el art. 1.121-II CC, en sentido de no admitir más que la repetición de aquel pago que se hizo por error, como veíamos antes siguiendo la explicación del profesor Díez-Picazo.

²⁵ En este sentido se pronuncia A.M. MORALES MORENO (*Enajenaciones de bienes en fraude de acreedores*, Conferencia inédita pronunciada el 25 de marzo de 1992 en el seminario sobre *Problemas jurídicos de los actos en fraude de acreedores*, organizado por Management Forum España S.A.). Propone el ejercicio de la acción subrogatoria por los acreedores cuando sea posible repetir el pago hecho por el deudor (art. 1.121 CC en relación con el art. 1.111 CC); y el ejercicio de la acción revocatoria (art. 1.292 CC) en los demás casos.

de lo que sostenemos aquí- concluyen que es revocable cuando es repetible (Manresa²⁶, Moreno Quesada²⁷).

Cuestión distinta es la de si los acreedores están legitimados para impugnar estos pagos una vez que se ha cumplido la condición. A nuestro juicio, la acción revocatoria debe ejercitarse antes de que se haya cumplido la condición porque una vez cumplida el pago merece el mismo tratamiento que si se hubiera hecho por cuenta de una deuda vencida y exigible²⁸. La razón que justifica la impugnación está en que el deudor que paga sin error antes de cumplirse la condición está haciendo una renuncia a su facultad de oponer la excepción en caso de reclamación para el cobro, renuncia que es lesiva para terceros acreedores y que debe tratarse como tal. Como señala el Profesor Morales Moreno, *aunque el pago no sea repetible (como indebido), porque se ha renunciado a la ventaja que ofrecía la condición, podrá ser rescindible, en cuanto lesivo*²⁹. Pero no tiene sentido la impugnación

²⁶ Veamos cómo lo expresa MANRESA en los *Comentarios al Código civil español* (VIII, Madrid, 1901, págs. 697-698): *"Las obligaciones sujetas a condición suspensiva, no son exigibles antes del cumplimiento de ésta, y pudiendo repetir el deudor lo pagado, con doble motivo podrán los acreedores pedir la rescisión de los pagos que antes de verificarse aquella, y aunque después se cumpla, hubiera aquel hecho"*.

²⁷ También MORENO QUESADA (*Comentario del Código civil*, II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, art. 1292, pág. 527) señala entre los pagos rescindibles el de la obligación *que estaba sometida a condición suspensiva, antes de su cumplimiento, cuya inexigibilidad la demuestra el hecho de que pueda el deudor repetir lo pagado (art. 1121.II CC)*; El mismo autor lo había expresado así en los *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, XVII-2º, Edersa, 1981, art. 1292, pág. 133.

²⁸ El pago de la obligación sometida a condición suspensiva pendiente de cumplirse equivale a la renuncia a la ventaja que ofrecía la condición. Con el pago se renuncia a oponer la excepción de no haberse cumplido la condición frente a quien reclamase el cobro. Una vez cumplida la condición ya no puede alegarse que ese acto de renuncia haya supuesto para los acreedores un perjuicio distinto del que les causaría el pago de una deuda vencida y exigible. De poder revocarse la facultad renunciada ya no tendría eficacia ni valor alguno. El acto deja de ser objetivamente fraudulento porque han desaparecido las circunstancias de tiempo que daban lugar a la injusticia del pago.

En sentido de admitir la impugnación posterior al cumplimiento de la condición parece que se pronuncia MANRESA en los *Comentarios al Código civil español* (VIII, Madrid, 1901, págs. 697-698).

²⁹ MORALES MORENO; *Enajenaciones de bienes en fraude de acreedores*, Conferencia inédita pronunciada el 25 de marzo de 1992 en el seminario sobre *Problemas jurídicos de los actos en fraude de acreedores*, organizado por Management Forum España S.A.

una vez que se ha cumplido la condición porque entonces ha cesado la injusticia del daño, como tampoco sería admisible impugnar el pago posterior al cumplimiento de la condición con arreglo al art. 1.292 CC porque se trata de un pago exigible.

III.2. El pago anticipado. Es el supuesto propio del art. 1.292 CC

Nuestra doctrina no duda en estimar que los pagos anticipados entran bajo el supuesto de hecho del artículo 1.292 del Código civil (Manresa³⁰, Scaevola³¹, Díez-Picazo³², Moreno Quesada³³, Domínguez Luelmo³⁴, Clemente Meoro³⁵, Lacruz³⁶,

³⁰ MANRESA (*Comentarios al Código civil español*, VIII, Madrid, 1901, pág. 698) al comentar el artículo 1.292 explicaba que las obligaciones a plazo están dentro de este artículo, que parece redactado pensando ante todo en aquellas con relación al tiempo futuro, y en las prescritas con relación al pasado.

³¹ SCAEVOLA (*Código civil*, XX, Madrid, 1904, art. 1.292, pág. 917) interpreta lo siguiente: "Obligaciones a cuyo cumplimiento no puede ser compelido el deudor son aquellas que tienen plazo señalado, las no exigibles de momento".

³² DIEZ-PICAZO (*El pago anticipado*, en Estudios de Derecho Privado, Cívitas, 1980, pág. 205), después de explicar la polémica doctrinal que suscita "el posible carácter fraudulento del pago anticipado", originada -según el autor- por el hecho de que el Código francés recoge una sola disposición (art. 1.167) sobre el fraude, de carácter general, y carece de normas específicas para los casos particulares sobre la materia; afirma que "Nuestro Derecho positivo acepta la regla de sujeción a la acción pauliana de los pagos anticipados. (...). Se sitúa con ello nuestro Derecho positivo en el buen camino, consistente en admitir la sujeción de los pagos anticipados a la acción revocatoria por fraude de acreedores". El mismo autor, en los *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial (II)* (Cívitas, 1993, 4ª ed., pág. 736), al enumerar los pagos a que es aplicable el art. 1.292, cita "los pagos anticipados".

³³ MORENO QUESADA; *Comentario del Código civil*, II, Ministerio de Justicia, 1991, art. 1.292, pág. 527.

³⁴ DOMINGUEZ LUELMO; *El cumplimiento anticipado de las obligaciones*, Cuadernos Cívitas, 1992, págs. 124 y siguientes.

³⁵ CLEMENTE MEORO; *Los supuestos legales de vencimiento anticipado de las obligaciones*, Tirant lo blanch, 1991, págs. 99 y siguientes.

³⁶ LACRUZ y otros; *Elementos...*, II-1º, 2ª ed., 1985, LB, pág. 338.

Lalaguna³⁷; En diverso sentido, Cristóbal Montes³⁸). Como advertíamos antes, se ha dicho incluso que el legislador parece estar pensando especialmente en ellos al redactar el precepto (García Goyena³⁹, Díez-Picazo⁴⁰). A pesar de la validez del pago anticipado, nuestro ordenamiento jurídico se muestra con frecuencia reticente para tolerarlo cuando se realiza en estado de insolvencia. No así García Goyena, que parece contrariado por la decisión de la Comisión de preferir los criterios de los artículos 1.038 y 1.039 del CCo de 1829, a las directrices del Derecho romano. Explica que en el Derecho romano se protegía al acreedor que velaba por lo suyo y que *éste sólo debía contribuir a los otros acreedores con el mayor interés que reportó por la anticipación del pago*. Y opina que en el Código civil deberían tratarse del mismo modo los pagos de obligaciones exigibles que los de las deudas a plazo, y adoptarse el Derecho romano⁴¹. El artículo 1.180 del Proyecto de 1851, precedente inmediato de nuestro art. 1.292 CC, se separó del criterio de García Goyena y, pensando en los pagos anticipados, declaraba rescindibles los pagos hechos en estado de insolvencia por

³⁷ LALAGUNA; *La acción revocatoria y la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, R.G.D., 1993, n.º 582, págs. 1259-1278, pág. 1275.

³⁸ A juicio de CRISTOBAL MONTES (*La vía pauliana*, Tecnos, 1997, págs. 123-124), el pago anticipado queda excluido del ejercicio de la acción porque la deuda vence por la insolvencia del deudor, según el art. 1.129 CC. En su opinión, el art. 1.292 CC se aplicaría sólo a otros supuestos de obligaciones inexigibles tales como las naturales, las prescritas o las nacidas de juego.

³⁹ Como ya adelantamos, cuando GARCIA GOYENA (*Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, Madrid, 1852, en la reimpresión de Zaragoza/1974, pág. 627) comenta el artículo 1.180 del Proyecto de Código civil de 1851 ("*Queda también sujeto a rescisión, y puede revocarse el pago hecho en estado de insolvencia por obligaciones a cuyo cumplimiento no podía ser compelido el deudor al tiempo del pago*"), precedente del actual art. 1.292 CC, aclaraba que *nuestro artículo solo habla de pagos hechos en estado de insolvencia por deudas u obligaciones a plazo, y este no se había vencido al hacerse el pago*.

⁴⁰ En este sentido, DIEZ-PICAZO (*El pago anticipado*, en *Estudios de Derecho Privado*, Civitas, 1980, pág. 205): "*La aplicación del artículo 1.292 al pago anticipado de obligaciones no vencidas es indiscutible. Su expresión literal -"obligaciones a cuyo cumplimiento no podía ser compelido el deudor"- es, sin duda, muy amplia, ya que comprende todas las obligaciones inexigibles -obligaciones naturales, obligaciones condicionales, obligaciones prescritas, etc.-; pero, como algún autor ha dicho, parece pensado sobre todo para el pago anticipado de obligaciones no vencidas*".

⁴¹ GARCIA GOYENA; *Concordancias...*, Madrid, 1852, reimpresión de Zaragoza, 1974, pág. 627.

cuenta de obligaciones inexigibles al tiempo de hacerse. No sólo eso: Las manifestaciones de este recelo por el pago anticipado alcanzaron no sólo al ámbito civil o al mercantil (arts. 879, 890-13 CCo)⁴², sino incluso al penal (nos referimos, en particular, al delito de alzamiento de bienes con favorecimiento de acreedores⁴³).

⁴² Paralelo al artículo 1.292 CC, encontramos en el Código de comercio el artículo 879. Este último tiene en su expresión un alcance más restringido: se refiere, en particular, al pago anterior al vencimiento. Dice así: *"Las cantidades que el quebrado hubiere satisfecho en dinero, efectos o valores de crédito en los quince días precedentes a la declaración de quiebra, por deudas y obligaciones directas cuyo vencimiento fuere posterior a ésta, se devolverán a la masa por quienes las percibieron. / El descuento de sus propios efectos, hecho por el comerciante dentro del mismo plazo, se considerará como pago anticipado"*. Los pagos anticipados, hechos en las condiciones descritas, son pagos válidos, pero revocables cuando los demás acreedores ponen en marcha las medidas de tutela del derecho de crédito previstas en el ordenamiento.

También el artículo 890 número 13 del Código de comercio es una prueba de la intransigencia del ordenamiento con el pago anticipado en perjuicio de los restantes acreedores: *"Se reputará quiebra fraudulenta la de los comerciantes en quienes concurra alguna de las circunstancias siguientes: 13. Haber anticipado pagos en perjuicio de los acreedores"*. En este caso, el pago anticipado podía conducir, hasta época reciente, incluso a sanciones en el orden penal.

Así, el art. 520 del antiguo Código penal establecía lo siguiente: *"El quebrado que fuere declarado en insolvencia fraudulenta, con arreglo al Código de Comercio, será castigado con la pena de prisión mayor"*. El rigor del precepto fué matizado por la doctrina penalista. En este sentido, BAJO FERNANDEZ (*Manual de Derecho penal (parte especial). Delitos patrimoniales y económicos*, Ceura, 2ª ed., 1989, pág. 155) ha manifestado que aunque este tipo de delitos en otros ordenamientos provoca una sanción más atenuada en razón de que no favorecen al propio delincuente, se equipara en nuestro Derecho al resto de las conductas (número 13, art. 890). De la exigencia legal de que el favorecimiento de los acreedores se haga en perjuicio de otros, se confirma nuestra tesis -continúa el Profesor Bajo- de que el anticipo de pagos sólo puede dar lugar a la quiebra fraudulenta cuando constituya una actividad impropia del buen comerciante.

Tras la reforma del Código penal (L.O. 10/95 de 23 de noviembre, B.O.E. 24 noviembre 1995) se suprime la incidencia que en el orden penal pudiera tener la calificación de la quiebra que haga la jurisdicción civil. El nuevo artículo 260.4 Cp recoge con rotundidad esta idea: *"En ningún caso, la calificación de la insolvencia en el proceso civil vincula a la jurisdicción penal"*.

⁴³ El art. 524.5º del anterior Código penal tenía prevista la pena de prisión menor para el concursado cuya insolvencia se debiera a *haber anticipado, en perjuicio de los acreedores, pago que no fuere exigible sino en época posterior a la declaración del concurso*. En el nuevo Código penal no aparece un precepto semejante, pero la conducta quizás pueda sancionarse si constituye la modalidad del delito de alzamiento de bienes denominada por la doctrina *favorecimiento de acreedores*, como vemos a continuación.

Entre los delitos de *insolvencias punibles* se tipifica en el nuevo Código penal, como

En definitiva, la validez del pago anticipado no obsta para que éste pueda impugnarse cuando lo realizó el deudor insolvente y perjudicó con ello otros créditos vencidos y exigibles (art. 1.292 CC). La aplicación del artículo 1.292 CC sólo podría encontrar en este caso una dificultad: El artículo 1.129-1º CC declara que la insolvencia del deudor es causa del vencimiento anticipado de los créditos⁴⁴. Al poner en relación los dos preceptos surge la duda sobre si existe una antinomia entre ambos o sobre cuál sea la interpretación conjunta que de ellos procede hacer.

Un sector importante y mayoritario de la doctrina que se ha ocupado de armonizar los artículos 1.129-1º y 1.292 CC, llega a la conclusión de que mientras el

en el anterior, el de alzamiento de bienes (art. 257.1.1º Cp vigente, L.O. 10/95 de 23 de noviembre; art. 519 del antiguo Cp). Una definición genérica del alzamiento de bienes es, por ejemplo, la siguiente del Profesor BAJO FERNANDEZ (*Manual de Derecho Penal (Parte especial). Delitos patrimoniales y económicos*, Ceura, 1989, 2ª ed., pág. 132): "La conducta de alzarse con los bienes en perjuicio de los acreedores del artículo 519 del Código penal consiste, según el entendimiento dominante, en colocarse en situación de insolvencia frente a los acreedores (...)" . En cuanto a la modalidad que ahora nos interesa, recogemos este otro texto del Profesor: "discute la doctrina sobre el supuesto del insolvente que, obligado ante varios acreedores, solventa sus deudas con alguno de ellos perjudicando al resto. Esta conducta, denominada favorecimiento de acreedores, ha de considerarse atípica en la medida en que se realice sin ánimo de perjudicar a los acreedores pospuestos. (...). Pero aun cuando concurra el ánimo de perjudicar a los acreedores resulta justificada sólo cuando el deudor no esté constreñido a satisfacer el crédito pospuesto en el pago con anterioridad al resto. Si existe tal constreñimiento, bien por una prelación de créditos legalmente establecida en un procedimiento (...) o bien porque las deudas solventadas no eran exigibles en tiempo y forma, no cabe causa de justificación alguna. (...). En el segundo caso, porque solventa deudas a las que aún no está obligado, conducta que en la medida en que se realiza en perjuicio del resto de los acreedores asume un tal grado de intolerabilidad que ha sido tenida en cuenta expresamente por el Código de comercio (art. 890, número 13) y por el Código penal (art. 524) como fundamentadora de la insolvencia punible" (en la misma obra, pág. 140).

Por tanto, la conducta de quien hace pagos en estado de insolvencia por cuenta de obligaciones no exigibles al tiempo de hacerse podía ser sancionada penalmente cuando con ello se había perjudicado intencionadamente el interés de los restantes acreedores. La cuestión que queda pendiente ahora es, puesto que no hay un artículo paralelo al 524.5º del antiguo Código penal, la de si el delito de alzamiento de bienes sigue comprendiendo la conducta del *favorecimiento de acreedores*; es decir, si esta conducta dolosa seguirá recibiendo sanción penal.

⁴⁴ Art. 1.129 CC.- "Perderá el deudor todo derecho a utilizar el plazo:

1º Cuando, después de contraída la obligación, resulte insolvente, salvo que garantice la deuda."

primero está pensado para la relación deudor-acreedor, el segundo se aplica en situaciones de conflicto de intereses con los acreedores afectados por el pago (Manresa⁴⁵, Díez-Picazo⁴⁶, Moreno Quesada⁴⁷; en sentido aproximado, Orduña Moreno⁴⁸). El juego del primero en ningún caso puede entorpecer la aplicación del segundo. Una explicación del difícil ajuste entre estas disposiciones la encontramos en la trayectoria histórica del principio del vencimiento anticipado, que nació como principio exclusivamente concursal. A este carácter novedoso que tiene incluir la insolvencia entre las causas del vencimiento anticipado

⁴⁵ A este respecto, señala: *"se puede señalar una antinomia, no más que aparente, cuya fácil solución está en entender que el art. 1129 ha pensado tan sólo en la relación aislada del deudor con un acreedor, y el 1292 en la complicación que se produce por la existencia de créditos distintos, y que el primero está subordinado al segundo (...)"* (MANRESA; *Comentarios al Código civil español*, VIII, Madrid, 1901, págs. 698).

⁴⁶ Frente a la interpretación de los preceptos que parte de la existencia de antinomia, DIEZ-PICAZO (*El pago anticipado*, R.D.M., 1959; trabajo recogido en sus *Estudios de Derecho Privado*, Cívitas, 1980, pág. 206) advierte lo siguiente: *"Si la deuda venció por virtud de la insolvencia del deudor -puede pensarse- tiene el acreedor derecho a compeler al deudor al cumplimiento, lo cual hace, en este caso -que es precisamente su supuesto de hecho-, inaplicable el artículo 1.292. Frente a esta posible interpretación es preciso tener en cuenta dos consideraciones que parecen importantes: una, que el vencimiento anticipado ex artículo 1.129 puede exigir (...) una declaración judicial, lo que permitiría la aplicación del artículo 1.292 a todos los pagos anticipados realizados en estado de insolvencia cuando aquella declaración no se hubiese obtenido; otra, que el artículo 1.129 contempla una consecuencia general de la insolvencia que atañe a la relación jurídica entre acreedor y deudor, mientras que el artículo 1.292 tiene un campo de acción más estricto -insolvencia más fraude- y mira el caso de colisión de varios derechos de crédito"*.

⁴⁷ Sobre esta cuestión, MORENO QUESADA (*Comentario del Código civil*, II, Ministerio de Justicia, 1991, pág. 526), ha recogido la misma doctrina: *"La solución está en estimar (con MANRESA, (...), y DIEZ-PICAZO, RDM\1959, p. 113), que el art. 1129 contempla una consecuencia general de la insolvencia que afecta a la relación jurídica aislada entre acreedor y deudor, mientras que el 1292 se aplica a un campo más estricto, delimitado por concurrir insolvencia y fraude, atendiendo al caso de existencia, y colisión, de varios derechos de crédito"*. En idéntico sentido se pronuncia el autor en los *Comentarios al Código civil y compilaciones forales* (Edersa, XVII-2º, art. 1.292, pág. 130).

⁴⁸ ORDUÑA MORENO (*La insolvencia: análisis de su concepto y concreción de su régimen jurídico*, Tirant lo blanch, 1994, págs. 242-243) parte de la compatibilidad entre ambos preceptos; niega el carácter fraudulento del pago anticipado hecho en estado de insolvencia por aplicación del art. 1.129-1º CC, pero afirma que su eficacia está condicionada por la actitud de los acreedores afectados por el pago: *"sólo la pasividad o inactividad de éstos, ya respecto de la oposición al pago realizado, o bien, con relación al correspondiente procedimiento de ejecución, puede ser determinante de su plena eficacia"*.

hace alusión Orduña Moreno⁴⁹. Entre otros, J. Beltrán de Heredia⁵⁰ ha señalado que el principio nació concursal pero que es a raíz de la interpretación extensiva de los italianos a toda situación de insolvencia, cuando la doctrina española no duda en afirmar *que el Código civil se refiere a los casos de insolvencia no declarada de un modo oficial, pues para los supuestos de quiebra o de concurso, disponen ya los artículos 1.915 del Código civil y 883 del Código de Comercio, (...)*. Sobre la trayectoria histórica del principio del vencimiento anticipado puede verse el trabajo de J.L. Tomillo Urbina⁵¹. El autor concluye que *el estudio histórico realizado pone de manifiesto que el vencimiento anticipado como principio nace concursal (art. 1.188 Code Napoleon) y se generaliza posteriormente al derecho común por la influencia de la doctrina francesa del siglo XIX y, también en buena medida, del artículo 1.176 del Codice civile italiano de 1865*⁵². Esta es precisamente la razón del difícil encaje que tiene actualmente en el Derecho español el principio del vencimiento anticipado con el tratamiento de los pagos anticipados hechos en estado de insolvencia (art. 1.129-1º CC en conexión con los arts. 1.292 y 1.915-I CC, y 883-I CCo). A juicio de J.L. Tomillo, *la situación actualmente planteada es consecuencia de proyectar la regla concursal del vencimiento anticipado sobre un medio de defensa individual a través del artículo 1.129-1º del Código civil. Ello supone contradecir la filosofía de la defensa colectiva, así como conceder una vía de escape a posibles acuerdos entre el deudor insolvente y algún acreedor con el fin de perjudicar al resto de los acreedores abocados a una inevitable quiebra. A los acreedores sometidos a la ley del dividendo no les queda más defensa que la derivada del ejercicio de las acciones revocatorias (...)*⁵³.

Otros autores, en un intento de ajustarse al tenor literal del art. 1.292 CC

⁴⁹ ORDUÑA MORENO; *La insolvencia: análisis de su concepto y concreción de su régimen jurídico*, Tirant lo blanch, 1994, pág. 21.

⁵⁰ J. BELTRAN DE HEREDIA; *El cumplimiento de las obligaciones*, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1956, pág. 277.

⁵¹ TOMILLO URBINA; *El vencimiento anticipado de las deudas en la quiebra*, Civitas, 1996, págs. 23-58.

⁵² pág. 75; puede verse también para una mejor comprensión del texto la información aportada en las págs. 37 y 62.

⁵³ TOMILLO URBINA; *El vencimiento...*, 1996, pág. 73.

limitan su contenido de modo que nos parece que va más allá de lo que pretendía el legislador. Así, por ejemplo, Clemente Meoro⁵⁴ discrepa de admitir con la doctrina dominante que cualquier pago previo al momento acordado para el vencimiento sea subsumible en el supuesto de hecho del art. 1.292 CC. Para este autor el artículo sólo comprende los siguientes supuestos: *"el caso de que el deudor insolvente pague sin que el acreedor haya ejercitado la facultad de dar por vencida la obligación; los pagos que no se realizan propiamente en estado de insolvencia (...) pero que dan lugar a ella; por último, también las obligaciones a plazo que (...), no vencen por la insolvencia del deudor"*. También Tomillo⁵⁵ limita los supuestos de pago anticipado a que es aplicable el art. 1.292 CC a aquellos *realizados por el deudor insolvente sin haber mediado reclamación judicial por parte del acreedor/perceptor, y existiendo perjuicio para los demás acreedores*. A nuestro juicio, no logran tampoco con esta interpretación respetar el tenor literal del precepto, sino que en algún caso parecen sustituir la expresión "no podía ser compelido el deudor" por esta otra "no haya sido compelido el deudor".

Apreciamos que sería bueno modificar el texto del artículo 1.292 CC porque su expresión literal (*"no pueda ser compelido el deudor"*) *excluiría de su aplicación a los pagos anticipados hechos en estado de insolvencia y esto lleva a interpretaciones erróneas, cuando en realidad el legislador estaba pensando propiamente en ellos*⁵⁶.

De otro lado, nos parece que al artículo 1.129-1º CC le corresponde el papel de apoyo legal que legitime a los acreedores a plazo para instar la apertura del procedimiento concursal o de quiebra, ya que no para cobrar en las mismas condiciones que si se tratara de un acreedor no sometido a plazo cuando esto pueda perjudicar a otros acreedores que lo sean por cuenta de obligaciones vencidas y exigibles⁵⁷. En este

⁵⁴ CLEMENTE MEORO; *Los supuestos legales de vencimiento anticipado de las obligaciones*, Tirant lo blanch, 1991, pág. 103.

⁵⁵ TOMILLO; *El vencimiento anticipado de las deudas en la quiebra*, Cívitas, 1996, págs. 69-70.

⁵⁶ DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEON (*El pago anticipado*, R.D.M., 1959; trabajo que se compendia después en los Estudios de Derecho Privado, Cívitas, 1980, vease pág. 206) es quien pone de relieve la confusión a que da lugar esta expresión.

Esta confusión también es denunciada por TOMILLO (*El vencimiento anticipado de las deudas en la quiebra*, Cívitas, 1996, pág. 69).

⁵⁷ Con esta idea sintoniza lo que CLEMENTE MEORO (*Los supuestos legales de vencimiento anticipado de las obligaciones*, Tirant lo blanch, 1991, pág. 101) dice cuando resume la postura de la doctrina conciliadora de los artículos 1.129-1º y 1.292 del CC: *"Y la justificación viene de que si la finalidad del artículo 1.129-1º es permitir que la demora*

caso (vencimiento anticipado), el pago es impugnabile con la sola prueba de la lesión del crédito. Se trata de un acto objetivamente fraudulento.

Veamos ahora cómo trata la cuestión nuestro Derecho concursal. Como decíamos, el principio del vencimiento anticipado nace como principio propiamente concursal. Así, si bien era novedoso que la insolvencia fuera causa del vencimiento anticipado (art. 1.129-1º CC), las disposiciones declarativas del vencimiento anticipado en el concurso y la quiebra (arts. 1.915-I CC y 883-I CCo) venían a recogerse dentro del contexto en que tradicionalmente se ha desarrollado el principio⁵⁸. A la vez, encontramos entre las acciones revocatorias de la quiebra una que va dirigida a impugnar los pagos anticipados hechos en los quince días que preceden a la declaración de quiebra (art. 879 CCo). Esta modalidad de la revocatoria de la quiebra -explica el Profesor Rojo- *constituye una innovación del Código de 1885, que no hace sino ratificar la opinión de quienes escriben bajo la vigencia del Código anterior*⁵⁹. Una vez más, nuestro ordenamiento manifiesta su recelo por el pago anticipado hecho en estado de insolvencia o próximo a la declaración de la insolvencia. Fuera del periodo de estos quince días, periodo mucho más amplio en Italia⁶⁰, la doctrina parece admitir la posibilidad de acudir a la impugnación pauliana (Rojo

en el cobro no perjudique definitivamente los créditos existentes, iría contra ésta permitir que al amparo de la misma norma tal perjuicio se produjera y precisamente en beneficio, fraudulento, además, de uno de ellos; la alteración de la par conditio creditorum no puede venir propiciada por un precepto que estatuye un remedio excepcional, destinado precisamente a salvaguardar la posición de todos y cada uno de ellos, sin distinción, (...)". El autor habla de alteración de la *par conditio creditorum*, cuestión delicada de la que nos ocupamos a continuación.

⁵⁸ Por todos, TOMILLO (*El vencimiento anticipado de las deudas en la quiebra*, Civitas, 1996, especialmente págs. 23-77).

Señala GARRIGUES (*Curso de Derecho mercantil*, II, 8ª ed., Madrid, 1983, XLI-V-B) al considerar entre los efectos de la quiebra sobre los acreedores el vencimiento de los créditos aplazados, que mientras que en el supuesto del art. 1.129-1º CC este efecto depende de la voluntad del acreedor, por la declaración de quiebra vencen los plazos con independencia de la voluntad del acreedor.

⁵⁹ ROJO FERNANDEZ-RIO; *Introducción al sistema de reintegración de la masa de la quiebra*, R.D.M., nº 151, 1979, págs. 37-100, págs. 96-97.

⁶⁰ En Italia el plazo es más amplio. El art. 65 de la *legge fallimentare* declara ineficaces los pagos hechos por cuenta de deudas no vencidas antes del día de la declaración de la quiebra realizados dentro de los dos años anteriores a ese día.

Fernández-Río⁶¹, Díez-Picazo⁶²).

Hemos visto que a pesar de la validez e irrepetibilidad del pago anticipado, nuestro ordenamiento protege el interés de los acreedores cuyos créditos han vencido y son exigibles frente al interés de aquél acreedor que cobró su crédito antes de la fecha prevista para el vencimiento. Aquellos podrán impugnar el pago hecho a este último acreedor en estado de insolvencia. La misma solución se ha adoptado en otros sistemas. Por ejemplo, J.Ghestin señala que la dificultad de probar el fraude en los pagos desaparece cuando se trata de un acreedor a término⁶³. Hay que tener en cuenta que en Francia no existe un artículo paralelo a nuestro art. 1.292 CC, por lo que la doctrina ha tenido que elaborar los criterios de determinación del fraude. En México (D.F.), el art. 2.172 CC (art. 2.000 del CC del Estado de México) declara anulables los pagos anticipados en fraude de acreedores por hacerlos un deudor insolvente⁶⁴.

¿Cuál es la razón que justifica esta impugnación? ¿Acaso no recibe el acreedor lo que es suyo? Nos interesa, en última instancia, despejar esta cuestión, con el fin de descubrir criterios de determinación del carácter fraudulento del pago. En torno a la idea de si el titular del crédito aplazado que cobra recibe "lo suyo" o no y la problemática que hay en torno a ella, nos ha parecido clara la explicación del Profesor Díez-Picazo cuando, entre los argumentos que sirven a la crítica de la *"posición negativa del carácter fraudulento del pago anticipado"*, expone los siguientes: *"Cuando el crédito no está vencido y el acreedor no puede reclamar judicialmente su titularidad no es una titularidad perfecta, sino una titularidad aplazada -una expectativa, dirán algunos autores-. El derecho de crédito, sin acción, está subordinado a las vicisitudes patrimoniales del deudor. El acreedor no recibe 'lo suyo', porque lo suyo, el suum, es el valor del crédito a su vencimiento, y este valor está en función de la totalidad de los créditos que en ese momento pesen sobre el patrimonio del*

⁶¹ ROJO FERNANDEZ-RIO; *Introducción al sistema de reintegración de la masa de la quiebra*, R.D.M., n° 151, 1979, págs. 37-100, págs. 89-90.

⁶² DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEON; *El pago anticipado*, R.D.M., 1959, en *Estudios de Derecho Privado*, 1980, págs. 155-208, pág. 207.

⁶³ GHESTIN; *Traité de Droit civil (les obligations)*, Paris, 1992, pág. 697.

⁶⁴ MARTINEZ ALFARO, J.; *Teoría de las obligaciones*, Ed. Porrúa, S.A., México, 1989, pág. 195.

deudor. Por otra parte -se añade (cita a Bonelli)-, el acreedor que cobra anticipadamente no sólo se beneficia al quedar excluido de la ley del dividendo, sino que se enriquece al percibir un valor superior al valor efectivo del crédito el día del pago"⁶⁵. Todos ellos, argumentos de peso que -además de rebatir la postura que niega la posibilidad de fraude del pago anticipado- justifican la objetivación del fraude en este caso y la comprensión del pago anticipado en el supuesto de hecho del art. 1.292 del Código civil.

Si en el artículo 1.292 CC vemos una regla derivada de la *par conditio creditorum* (Moreno Quesada⁶⁶; en cierta medida, Domínguez Luelmo⁶⁷, Díez-Picazo⁶⁸ y Martín Pérez⁶⁹), el precepto parece que tiene poco sentido. ¿Por qué los pagos por cuenta de obligaciones no exigibles pueden revocarse y no, en cambio, los demás? Precisamente este artículo lo que nos demuestra es que no existe una regla general por virtud de la cual pueda

⁶⁵ DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEON; *El pago anticipado*, R.D.M., 1959, en Estudios de Derecho Privado, Cívitas, 1980, pág. 203.

⁶⁶ En este sentido, MORENO QUESADA (*Comentario del Código civil*, II, Ministerio de Justicia, 1991, art. 1.292, pág. 527) ha afirmado al comentar el artículo que *su razón de ser es el perjuicio que se causa al dejar de pagar a unos por haber pagado a otros, alterando la par conditio creditorum, lo que significa que ha de tratarse de pagos eficaces, válidamente realizados como tales, aunque injustificados; así (...) los anticipados*.

⁶⁷ DOMINGUEZ LUELMO (*El cumplimiento anticipado de las obligaciones*, Cuadernos Cívitas, 1992, pág. 127) parece también pronunciarse en este sentido: "Cabe afirmar que el principio de la par conditio creditorum no puede dejar de observarse por el hecho de que exista otro precepto (el art. 1.129.1) destinado a proteger a todos los acreedores".

⁶⁸ L. DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEON (*El pago anticipado*, R.D.M., 1959, en Estudios de Derecho Privado, 1980, pág. 204) estima que *no hay dificultad en admitir que el acreedor pagado está obligado a restituir a los demás acreedores el lucro indebidamente obtenido a consecuencia de la anticipación del pago*. Y explica que ese lucro es la diferencia entre el importe del pago y el importe de lo que hubiera recibido, de acuerdo con la ley del dividendo, si hubiera cobrado su crédito en la fecha de su vencimiento. En su opinión es un equívoco (...) creer que el principio de igual condición de los acreedores y lo que gráficamente se llama ley del dividendo funciona únicamente en las situaciones de ejecución universal, cuando, en rigor, no hay ninguna razón seria para excluir su aplicación en todas las hipótesis de colisión de créditos, salvadas, naturalmente, las causas legítimas de preferencia (pág. 205). Así, el pago anticipado realizado en una situación de insuficiencia patrimonial es siempre un camino para favorecer a un acreedor singular y es siempre una violación del principio de la par conditio (pág. 204).

⁶⁹ MARTIN PEREZ; *La rescisión del contrato...*, JB, 1995, pág. 387.

considerarse fraudulento cualquier pago a un acreedor hecho en estado de insolvencia (esté o no vencido el crédito), pues de existir esa regla general el artículo la habría formulado de modo muy restrictivo. En este sentido comenta García Goyena el precedente de nuestro art. 1.292 CC en el Proyecto de 1851 (prácticamente idéntico) cuando observa: "*De nuestro artículo se deduce necesariamente que el pago de deudas exigibles es válido, aunque se haga en estado de insolvencia y no lo ignore el acreedor*"⁷⁰. También Lacruz⁷¹ explica que la impugnación pauliana del pago exigible (fuera, pues, de concurso) será, seguramente, inadmisibile de lege lata, por interpretación a contrario del art. 1.292. Si bien añade que doctrinalmente pudiera admitirse que pueda haber fraude por una alteración injusta de la igualdad de trato de los acreedores, como veremos más adelante.

La razón de este artículo no es, pues, la *par condicio*. La razón de este artículo es otra. Se halla en el acto de renuncia al beneficio del plazo (cuando la iniciativa fue del deudor) y probablemente también en la irrepetibilidad del pago. A diferencia del pago de la obligación sometida a condición pendiente, que puede repetirse antes del cumplimiento de la condición (art. 1.121 CC) y por tanto los acreedores pueden subrogarse para conseguir el reintegro de la cantidad adelantada (art. 1.111 CC), en este caso no cabe el ejercicio de la acción subrogatoria por parte de los acreedores porque no cabe la repetición de lo pagado, pero sí les proporciona el ordenamiento este otro medio para la defensa de sus créditos. Nuestro ordenamiento no consiente el beneficio del acreedor a plazo a costa del perjuicio del acreedor cuyo crédito ha vencido. En este sentido decimos que el pago anticipado es objetivamente fraudulento (Morales Moreno⁷²). No creemos, sin embargo, que esto suponga

⁷⁰ GARCIA GOYENA; *Concordancias...*, Madrid, 1852, reimpresión de Zaragoza, 1974, pág. 627.

⁷¹ LACRUZ y otros; *Elementos...*, II-1º, 2ª ed., 1985, LB, pág. 338.

⁷² A.M. MORALES MORENO (*Enajenaciones de bienes en fraude de acreedores*, Conferencia inédita pronunciada el 25 de marzo de 1992 en el seminario sobre *Problemas jurídicos de los actos en fraude de acreedores*, organizado por Management Forum España S.A.), partiendo de la irrepetibilidad del pago (art. 1.126 I CC) estima que las obligaciones a plazo podrían equipararse a las vencidas a los efectos que estamos considerando, si no existiese para ellas la regla especial del art. 1.292 CC. Estima que *siendo el deudor insolvente, el pago anticipado implica una lesión (objetiva) del crédito, que se tipifica como supuesto de rescisión*. Y explica que *el pago en este caso es en sí mismo lesivo, sustrae al patrimonio del deudor bienes que aún no son debidos al tercer acreedor pagado*. Como resultado de su análisis del art. 1.292 CC, concluye que *en el estado de insolvencia se*

absolutamente el carácter preferente del crédito vencido y exigible frente al sometido a plazo. No es tanto una preferencia, sino una protección.

Más que a la preferencia de unos créditos sobre otros, a lo que conduce nuestro ordenamiento es a la igualdad de todos los acreedores. O, al menos, está abierto a esa igualdad. Los acreedores perjudicados tienen, en efecto, la posibilidad de revocar el pago anticipado. Pero el acreedor titular del crédito sometido a plazo puede invocar el vencimiento de su crédito por causa de la insolvencia del deudor (art. 1.129-1º CC) e instar la apertura del concurso o quiebra. De modo que finalmente lo que se garantiza es que los acreedores puedan ser tratados por igual, reintegrándose en la masa el dinero del pago adelantado y cobrando todos en proporción al valor de sus créditos. Por tanto, de la impugnación pauliana del pago anticipado (art. 1.292 CC) lo más probable es que se vaya al concurso o a la quiebra, es decir, al ámbito propio del principio de la *par condicio creditorum*, que acaba por imponerse.

III.3. El pago de una obligación natural

Al pago de una obligación natural hecho en estado de insolvencia se le puede aplicar el artículo 1.292 del Código civil. La doctrina es prácticamente uniforme en este punto (Manresa⁷³, Díez-Picazo⁷⁴, Moreno Quesada⁷⁵), si bien Lalaguna pone en duda la revocabilidad del pago de una obligación moral⁷⁶. Aunque la norma está pensada para el

produce cierta jerarquización entre los créditos. Del art. 1.292 resulta que primero hay que atender a los créditos ya exigibles (presentes), luego podrán ser atendidos los aún no exigibles.

⁷³ MANRESA; *Comentarios al Código civil español*, VIII, Madrid, 1901, págs. 697-698.

⁷⁴ DIEZ-PICAZO; *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, II, Cívitas, 4ª ed., 1993, pág. 736.

⁷⁵ MORENO QUESADA; *Comentario del Código civil*, II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, art. 1.292, págs. 527-528.

⁷⁶ LALAGUNA (*La acción revocatoria y la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, R.G.D., 1993, nº 582, págs. 1259-1278, pág. 1275) señala que *es dudosa la revocabilidad del pago hecho en cumplimiento de una obligación moral* y matiza que *podría considerarse no revocable si frente a la acción pauliana el adquirente prueba que el pago se hizo en virtud de una justa causa (art. 1.901 del C.C.)*.

pago anticipado, como veíamos antes, y si bien es cierto que el pago de una obligación natural puede ser un *acto plausible y una prueba de delicadeza*, es cierto también que *el cumplimiento de lo voluntario (...), para dejar de prestarlo a lo obligatorio, es inaceptable, y además entra de lleno en este artículo (1292 Cc), (...), ya que aquél habla de que al tiempo del pago no pudiera exigirse éste* (Manresa⁷⁷). En otros sistemas jurídicos el cumplimiento de una obligación natural en estado de insolvencia puede seguir distinta suerte. Por ejemplo, encontramos en Suiza un autor que niega la revocación del pago de la obligación natural cuando se ha declarado la insolvencia, alegando que no se trata de una donación (salvo que se hiciera con ese ánimo): *"Comme CO 239.3 statue que l'accomplissement d'un devoir moral n'est pas une donation, les créanciers de l'assujetti ne peuvent pas exercer l'action révocatoire et ses héritiers réservataires ne sauraient plaider en réduction du moment que le devoir existait objectivement"*⁷⁸. Efectivamente, el art. 239.3 del Código suizo de las obligaciones niega que el cumplimiento de una obligación moral sea lo mismo que una donación, pero quizás el autor ha extraído de ello conclusiones excesivamente rigurosas para los acreedores del deudor insolvente. Además, debe atenderse más que a la comparación con la donación, a que se trata de un pago al que no pudo ser compelido quien lo hizo y por eso no es tolerable en perjuicio de sus acreedores.

III.4. El pago de una obligación prescrita

El pago de una obligación prescrita equivale a la renuncia tácita a la prescripción extintiva ganada, que no es admisible en perjuicio de acreedores (art. 6.2 CC). Por esta razón, y porque en el Código civil se dedica el artículo 1.937 a los efectos de la renuncia a la prescripción frente al acreedor y terceros afectados, hemos estudiado el caso dentro del tema relativo a la renuncia. No obstante, hay que decir aquí que el artículo 1.937 CC no prevé exactamente una acción de tutela del crédito sino la facultad de los acreedores perjudicados para oponer la prescripción ganada por su deudor. Por esta razón, en aquellos casos en que el deudor pague al acreedor cuya deuda ha prescrito y lo haga antes de que los

⁷⁷ MANRESA; *Comentarios al Código civil español*, VIII, Madrid, 1901, págs. 697-698.

⁷⁸ P. ENGEL; *Traité des obligations en Droit suisse*, 1973, Editions ides et Calendes, Neuchatel, pág. 53.

restantes acreedores tengan conocimiento de ello y puedan oponerse al pago, está justificada la impugnación del acto por haberse realizado en fraude o perjuicio de acreedores. El art. 1.937 CC justifica esa acción de impugnación, que no es otra que la del art. 1.292 CC, ya que se trata de un pago a cuyo cumplimiento no pudo ser compelido el deudor al tiempo de hacerlo. El pago de deuda prescrita es revocable por aplicación del art. 1.292 CC (Díez-Picazo⁷⁹, Lalaguna⁸⁰, Manresa⁸¹, Moreno Quesada⁸²).

III.5. El pago de una obligación nacida de un contrato anulable

Supongamos que un menor o un incapacitado comprase un objeto por un precio elevado. El objeto se le entrega, pero antes del pago se pierde o se destruye o se consume. Cuando el vendedor reclama el cobro, el representante del incapaz podría oponerse e instar la anulación del contrato (art. 1.300 CC). Además, en este caso (pérdida del objeto), si se anula el contrato el menor no está obligado a devolver lo que recibió (art. 1.314-II CC), por lo que si el incapaz fuera insolvente, a sus acreedores (no al vendedor) les interesa sin duda

⁷⁹ DIEZ-PICAZO; *Fundamentos...*, II, Cívitas, 4ª ed., 1993, pág. 736.

⁸⁰ LALAGUNA; *La acción revocatoria y la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, R.G.D., 1993, nº 582, págs. 1259-1278, pág. 1275.

⁸¹ También MANRESA (*Comentarios al Código civil español*, VIII, 1901, art. 1292, págs. 697-698): "el cumplimiento de lo (...) caducado, para dejar de prestarlo a lo obligatorio, es inaceptable, y además entra de lleno en este artículo, sobre todo en el caso de prescripción (...)".

⁸² MORENO QUESADA (*Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, Edersa, XVII-2º, 1981, págs. 133-134) explica algunos aspectos que pueden suscitar dudas al respecto: "Se ha planteado el problema de si el pago de una obligación prescrita deberá considerarse, o no, como uno de los supuestos de cumplimiento a que no podía ser compelido el deudor al tiempo de hacerlo, (...). / (...) / (...) el titular de la misma podrá reclamarla bien extrajudicialmente, bien ante los Tribunales (...); si el deudor no se opone a la petición del demandante, (...), jurídicamente no puede considerarse que realiza un acto de liberalidad, (...)". Pero no se trata de verdaderas objeciones a la aplicación del art. 1.292 CC en caso de pago de la deuda prescrita. El autor declara que es un pago revocable, vía art. 1.292 CC, en el *Comentario del Código civil* (Ministerio de Justicia, 1991, II, art. 1.292, pág. 527): "que tratándose de una obligación prescrita, avenirse a su cumplimiento sin excepcionar la prescripción, dará lugar a la rescisión, porque con ello se renuncia a la facultad de oponerse, renuncia que resultará ineficaz por perjudicar a terceros (art. 6.2 CC), aparte de que los acreedores podrían hacerla valer, al amparo del art. 1.937 CC".

que se solicite la declaración de nulidad relativa del negocio. Si en vez de hacerlo, el representante legal pagase al vendedor el precio de la venta, ¿estarían legitimados los acreedores perjudicados para impugnar el pago ya realizado? En este caso, el pago efectuado por el representante del incapaz supone la confirmación del contrato. El contrato pasa así a ser plenamente válido. A pesar de que el deudor no pudo haber sido compelido al pago porque pudo oponer la anulabilidad por vía de excepción, no creemos que el supuesto entre bajo los que comprende el art. 1.292 CC. En sentido contrario se ha pronunciado Manresa⁸³, que entiende que es revocable el pago de una obligación anulable realizado en estado de insolvencia. A nuestro juicio, en los supuestos de contratos anulables en general (por dolo, error, falta de capacidad..., art. 1.301 CC), los acreedores del legitimado activamente para el ejercicio de la acción pueden subrogarse en su lugar para ejercitarla por la vía subrogatoria (art. 1.111 CC) si esto contribuye de algún modo a disminuir el pasivo. Pero si no fueron suficientemente diligentes, no pueden impugnar el pago una vez confirmado el contrato, al menos por la vía del art. 1.292 CC, porque es entonces ya un pago exigible desde ese momento.

III.6. El pago en virtud de deudas de juego

El Profesor Díez-Picazo cita los pagos de deudas de juego entre aquellos a los que es aplicable el art. 1.292 CC, cuando se trata de deudas inexigibles⁸⁴. Compartimos esta opinión, por cuanto siendo inexigible la deuda, no pudo el deudor ser compelido al pago, y por tanto están legitimados los acreedores para impugnarlo. También Lalaguna se pronuncia en favor de aplicar el art. 1.292 CC a las deudas de juego y trae a colación el art. 1.798 CC⁸⁵.

⁸³ MANRESA; *Comentarios al Código civil español*, VIII, Madrid, 1901, art. 1.292, pág. 697.

⁸⁴ DIEZ-PICAZO; *Fundamentos...*, II, Cívitas, 4ª ed., 1993, pág. 736.

⁸⁵ LALAGUNA; *La acción revocatoria y la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, R.G.D., 1993, nº 582, págs. 1259-1278, pág. 1275.

III.7. El pago de una obligación supuesta o en virtud de un contrato nulo

El deudor no puede ser compelido al pago de una obligación supuesta o nula. Sin embargo, el pago de la obligación inexistente no entra bajo el supuesto de hecho del art. 1.292 CC, que está pensado para obligaciones válidas (Moreno Quesada)⁸⁶. En sentido contrario se pronuncia Manresa, que entendió que el artículo comprendía el pago de obligaciones supuestas o nulas⁸⁷. A nuestro juicio, los pagos así realizados son nulos como tales pagos y dan lugar a un enriquecimiento injusto, como señala Moreno Quesada⁸⁸. La acción de nulidad o bien la de enriquecimiento injusto ejercitada por los acreedores perjudicados que se hayan subrogado en lugar del deudor es suficiente para devolver la cantidad al patrimonio deudor y cobrarse con ella, por lo que no procede el ejercicio de la acción pauliana o revocatoria (arts. 1.111 y 1.294 CC).

III.8. El pago en virtud de un procedimiento judicial que después se declara nulo e ineficaz

El Tribunal Supremo consideró rescindible este pago en sentencia de 9 de julio de 1913, por aplicación del artículo 1.292 del Código civil⁸⁹. La aplicación del precepto al

⁸⁶ MORENO QUESADA (*Comentario del Código civil*, II, Ministerio de Justicia, 1991, art. 1292, pág. 527) afirma que las obligaciones cuyo pago es revocable han de ser *obligaciones válidas, pues aparte de lo expresado en el art. 1290, aclara éste que el no poderse compeler al deudor a su cumplimiento lo es "al tiempo de hacer el pago", luego a sensu contrario, sí se le podría compeler llegado tal momento*. En el mismo sentido se manifiesta la opinión del autor en los *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales* (XVII-2º, Edersa, 1981, Madrid, págs. 134-135).

⁸⁷ MANRESA; *Comentarios al Código civil español*, VIII, Madrid, 1901, pág. 697-698.

⁸⁸ Recuerda MORENO QUESADA (*Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, XVII-2º, Edersa, 1981, art. 1292, pág. 135) a estos efectos, el carácter subsidiario que tiene la acción revocatoria: *"No deben olvidarse, cuando se trae a colación el carácter subsidiario de esta rescisión, los principios que rigen la materia del cobro de lo indebido (arts. 1.895 y ss. del C.c.), como normativa específica que excluirá la aplicación de aquélla"*.

⁸⁹ "...el 1292 al declarar rescindibles los pagos a que se refiere, tampoco exceptúa los practicados en un procedimiento judicial, cuando éste con las solemnidades legales ha sido estimado nulo e ineficaz" (S.T.S. 9 julio 1913).

supuesto puede resultar forzada por cuanto al declararse nulo el proceso se declara la nulidad de las actuaciones y seguramente también podría derivarse de aquí la nulidad del pago realizado en ejecución de la sentencia. O bien tratarse como un pago de lo indebido. Por eso, nos ha parecido mejor remitirnos en este punto a lo dicho al tratar del pago de la obligación supuesta o nula⁹⁰.

IV. EL PAGO DE OBLIGACIONES VENCIDAS Y EXIGIBLES

Se ha dicho que *el hecho de pagar a un acreedor y dejar de pagar a los demás entraña para éstos un perjuicio y para aquél un ilícito enriquecimiento en cuanto que se altera injustamente la par conditio creditorum*⁹¹. La injusticia del pago se realza en determinadas situaciones. Piénsese, por ejemplo, en el pago hecho a un acreedor después de que otro acreedor hubiese reclamado el pago de lo que se le debía y de modo que queda el deudor en estado de insolvencia. Sin embargo, y pese a la injusticia que en algún caso pueda suponer, nuestro ordenamiento es propenso a tolerar este tipo de pagos, quizás por la protección que merece el acreedor diligente. Pero lo que no parece admisible es la actitud dolosa del deudor que quiere perjudicar a uno de sus acreedores y utiliza como medio para ello el pago preferente de los demás.

El anterior Código penal⁹² -más severo que el actual con las conductas del insolvente- contemplaba, como el vigente⁹³, la posibilidad de sancionar al deudor por delito de alzamiento de bienes. Una modalidad de este delito es la que la doctrina y jurisprudencia

⁹⁰ No obstante, lo cita MORENO QUESADA (*Comentario del Código civil*, II, Ministerio de Justicia, 1991, pág. 527) como un supuesto más entre los que contempla el art. 1.292 CC, aunque no se pronuncia al respecto sino que se limita a decir que el Tribunal Supremo lo estimó así en la citada sentencia de 9 julio 1913.

⁹¹ Del texto de DIEZ-PICAZO (*Fundamentos...*, II, Cívitas, 4ª ed., 1993, pág. 736) que reproducíamos en la introducción.

⁹² Art. 519.

⁹³ Art. 257.1.1º Cp (L.O. 10/95 de 23 de noviembre, B.O.E. de 24 de noviembre de 1995).

denominan favorecimiento de acreedores⁹⁴. Pero en ese caso, sólo es imputable el delito al insolvente cuando realizó pagos no con la intención de saldar las deudas sino con la actitud dolosa de buscar el estado de insolvencia a fin de perjudicar a otro acreedor (S.T.S. de 8 de mayo de 1963)⁹⁵. La conducta típica se configura por un elemento intencional (es esencial que exista ánimo de defraudar, pero como generalmente no resulta probado la conducta queda impune; por ejemplo, S.T.S. de 8 de mayo de 1944⁹⁶, S.T.S. de 25 de junio de 1963⁹⁷, S.T.S. de 5 de abril de 1966⁹⁸, o la S.T.S. de 30 de diciembre de 1978⁹⁹) y se configura

⁹⁴ Quedó definido el delito de alzamiento de bienes con favorecimiento de acreedores, con palabras del Profesor Bajo, al tratar de los pagos adelantados.

⁹⁵ S.T.S. 8 mayo 1963.- Con el precio cobrado por unas ventas, el deudor canceló el crédito concedido por una entidad bancaria en su favor, quedando insolvente y con el consecuente perjuicio del crédito de determinado acreedor. En este caso, el T.S. condena por delito de alzamiento de bienes, ya que el pago se realizó *no con el deseo directo de cancelar tal deuda, sino con el malévolo de defraudar, (...) ya que lo pretendido por el enjuiciado era buscar una insolvencia para perjudicar económicamente a un acreedor.*

⁹⁶ S.T.S. 8 mayo 1944.- Un acreedor de M.O. por sus servicios como abogado, interpone querella criminal frente a éste y R.G., alegando que de los hechos *se deduce de modo evidente el acuerdo de los procesados M.O. y R.G. para que éste cobrara sus créditos con preferencia y antes de que pudiera hacerlo el querellante.* El pago consistió en la entrega de diversas fincas y bienes por parte del ejecutado, a quien el ejecutante *otorgó poder con amplias facultades de administración* respecto de una de las fincas, que sigue habitando el deudor. El Tribunal Supremo declaró que el delito de alzamiento de bienes *no alcanza al supuesto, (...) en que la insolvencia se produce por el cumplimiento de otras obligaciones a cargo del patrimonio del mismo deudor y por carecer de bienes suficientes para solventar todas las que verdaderamente tuviera contraídas, sin que la discutible preferencia entre los créditos pagados y los que se dejan de satisfacer trascienda del orden de las acciones y responsabilidades civiles al de las criminales, mientras no conste demostrada la intención maliciosa de perjudicar a un acreedor impagado, ya con la ocultación o desaparición de bienes ya con enajenaciones u operaciones ficticias realizadas para defraudarle.*

⁹⁷ S.T.S. 25 junio 1963.- El deudor procesado, Matías M.S., quedó insolvente tras ejecutarse embargo de sus bienes para el cobro de la cantidad prestada por la otra parte procesada. Los acreedores de Matías M.S. solicitan se declare el alzamiento de bienes. El Tribunal Supremo falló que *procede resolver que estimado legítimo por el Tribunal provincial el crédito de dicho ejecutante y excluida la finalidad en los procesados de perjudicar maliciosamente, a los demás acreedores o buscar un estado de insolvencia, no existe el dolo específico del delito imputado y, en consecuencia, rechazar el recurso.*

⁹⁸ S.T.S. 5 abril 1966.- Se querella el acreedor con su deudor, por considerar que éste ha incurrido en delito de alzamiento de bienes al hacer frente al pago de otras deudas con las cantidades percibidas por una operación de cesión de derechos, infringiendo la promesa hecha

también por un elemento objetivo (debe producirse efectivamente la lesión como resultado de la insolvencia activamente buscada; S.T.S. de 12 de junio de 1969¹⁰⁰, S.T.S. de 20 de febrero de 1970¹⁰¹). Pero no es constitutivo del delito el simple hecho de beneficiar a un acreedor sobre los demás o alterar el orden de preferencia (por ejemplo, S.T.S. de 7 de marzo de 1967¹⁰², S.T.S. de 12 de junio de 1969¹⁰³, S.T.S. de 21 de enero de 1976¹⁰⁴,

de que con las mismas devolvería al querellante el pago adelantado de unas mercancías no enviadas. El deudor queda insolvente como consecuencia del pago a esos otros acreedores. El Tribunal Supremo absuelve al demandado, alegando que no se ha probado el *ánimo defraudatorio, esencial al delito de alzamiento de bienes; que pudo hacer pagos legítimos a otros créditos vigentes. Para estimar el alzamiento era preciso que ese precio le hubiera ocultado en propio beneficio colocándose en situación de aparente insolvencia.*

⁹⁹ S.T.S. 30 diciembre 1978.- El T.S. declara que sujeto activo del delito *lo puede ser cualquiera que sea imputable (...), habiéndose planteado, no obstante, el problema de las personas jurídicas, sosteniendo la doctrina que, en este punto, existe una desdichada laguna legal y que el principio "societas delinquere non potest" impide la incriminación de sociedades o entes colectivos (...).* Formula un elenco de actos que pueden dar lugar al delito, siempre que vayan acompañados de la *consecutiva desaparición del precio o dinero, siendo indispensable el elemento psicológico, que define como la especial intención de burlar la eficacia de un orden jurídico estatuido para la defensa de los intereses del acreedor, eludiendo la responsabilidad patrimonial ilimitada establecida en el art.1911 del C.Civ.*

¹⁰⁰ S.T.S. 12 junio 1969.- El Alto Tribunal considera que concurren en el caso los dos requisitos *"indispensables"* para estimar el delito de alzamiento de bienes: *"uno, intencional o ideal, determinante de un elemento subjetivo del injusto y constituido por el ánimo del deudor de burlar, perjudicar y defraudar a sus acreedores legítimos, actuales y ciertos; y otro objetivo, al conseguir un estado de insolvencia, por ocultar sus bienes a medio de las más variadas fórmulas jurídicas de hecho, que produzcan la consecuencia de impedir la realización de los créditos ajenos".*

¹⁰¹ S.T.S. 20 febrero 1970.- El querellante había adelantado ciertas cantidades para la adquisición de un inmueble del querellado, pero no llega a consumarse la compraventa por ciertos desacuerdos entre las partes. El procesado vendió a un tercero el inmueble, apremiado por la necesidad de hacer frente a sus deudas, por lo que se le acusó de delito de alzamiento de bienes. Entiende el T.S. que no es apreciable en este caso delito de alzamiento de bienes, dado que no se ha probado ni el elemento subjetivo del delito ni el objetivo, y sí la existencia cierta de acreedores legítimos y de los pagos efectuados como consecuencia de la venta.

¹⁰² S.T.S. 7 marzo 1967.- Amparados por el juicio ejecutivo, el deudor y el acreedor ejecutante venden el objeto de mayor valor del embargo. Otro acreedor, titular de varias cambiales, les demanda por delito de alzamiento de bienes. El Tribunal Supremo revoca la sentencia de la Audiencia, y afirma: *"no se contienen los elementos que integran el delito de alzamiento de bienes, (...), pues el recurrente se limitó a intervenir con el deudor, en situación de rebeldía, en diferentes operaciones de índole marcadamente civil, quizá no del*

S.T.S. de 30 de diciembre de 1978¹⁰⁵).

En el orden civil no hay precepto alguno que legitime a los acreedores para impugnar los pagos de deudas vencidas y exigibles realizados por su deudor, aun cuando con esto haya quedado insolvente frente a aquéllos. A diferencia de lo que dispone el art. 1.292 CC, en principio no tenemos una regla clara que nos resuelva la cuestión de los pagos hechos en estado de insolvencia por cuenta de obligaciones que sean exigibles. Una cosa está clara, por otra parte, y es que en nuestro ordenamiento el pago hecho en estado de insolvencia por cuenta de obligaciones exigibles no constituye por sí sólo un supuesto de fraude objetivo más allá de lo que dispone el artículo 1.292 CC. Así lo vimos al tratar del pago anticipado, supuesto específico del art. 1.292 CC. Más allá de lo que prescribe este artículo no hay pagos objetivamente fraudulentos (interpretación *a contrario* del precepto; en este sentido citábamos a García Goyena -cuando comenta el precedente de este 1.292 CC- y a Lacruz). Luego el pago de una deuda vencida y exigible realizado por el deudor insolvente jamás es un acto objetivamente fraudulento. En Francia, por ejemplo, donde hay -sin más- un precepto

todo correctas, pero que no aparece que entrasen en la órbita penal, ya que lo que especial y limitadamente se le achaca es la venta extrajudicial, de acuerdo con el deudor dicho, de un automóvil que estaba embargado para el cobro de una letra (...), levantar el embargo del resto de los bienes embargados que pasaron, por precio normal, a otro acreedor, antiguo patrón y acreedor del rebelde deudor, el que al parecer no tenía preferencia, pero ello sólo implicaría, en su caso, una mutación en la prelación de sus créditos, discutible en vía distinta de la penal".

¹⁰³ S.T.S. 12 junio 1969.- En cuanto al hecho de beneficiar a un acreedor frente a los demás, el T.S. declara que no es constitutivo del delito de alzamiento de bienes, y que el deudor que tiene diversos acreedores *sin existir procedimiento de realización colectiva, (...) resulta árbitro soberano a la faz penal para elegir a cualquiera de ellos a fin de abonarle su crédito, sin atender a un orden temporal e incluso legal o de rango crediticio, porque no existe norma que lo prohíba*, y señala el límite de la validez y legitimidad de los créditos.

¹⁰⁴ S.T.S. 21 enero 1976.- En ella se indica: *"No se produce el delito, en ciertos casos, si el deudor abona sus créditos pendientes en orden de prelación diferente del establecido legalmente, puesto que lo unico que puede producirse es una infracción de tipo civil"*.

¹⁰⁵ S.T.S. 30 diciembre 1978.- No es constitutivo de delito dar prioridad en el pago a un acreedor respecto de los demás *aunque, para esa prioridad en el pago, no se atenga a derechos de preferencia o a criterios cronológicos, sino que haya procedido a su arbitrio y por razones de amistad (...), pues, en tal caso, no hay propósito defraudatorio, ni los bienes se sustraen a la acción de los acreedores contemplados "in genere", ni concurre ánimo de lucro.*

que recoge de modo genérico la acción pauliana (art. 1.167 *Code*), J. Ghestin¹⁰⁶ sostiene que no son en sí mismos fraudulentos los pagos de deudas vencidas: "*Il suffit que la dette soit exigible pour que son paiement ne puisse normalement être contesté par les autres créanciers*", si bien explicará que se admite que, probada la intención de defraudar, puedan impugnarse (aunque con dificultad porque el acreedor que cobró está amparado por su derecho). También en Argentina se distingue entre el pago de una deuda exigible y el pago de la que no ha vencido o no es exigible. Pero aquí se permite expresamente la impugnación del pago de la deuda vencida si se prueba el fraude (es necesario probar el fraude y entonces podrá impugnarse el pago según lo previsto en el art. 737 CC argentino¹⁰⁷). En cuanto al pago de obligaciones no exigibles al tiempo del pago, es revocable en Argentina, como en España, cuando se hace en estado de insolvencia y perjudica a otros acreedores (se aplica el genérico art. 961 del Código civil argentino; en este sentido, L.M. Rezzonico¹⁰⁸). En Italia, el art. 2.901-III *Codice civile* declara de modo expreso que el cumplimiento de una obligación vencida no está sujeto a la revocatoria ordinaria (acción pauliana)¹⁰⁹.

A la vista de todo ello, seguimos preguntándonos qué tratamiento merece entre nosotros el pago de deudas exigibles hecho en estado de insolvencia. La clave está en aclarar tres cuestiones que aparecen difusas: 1ª ¿Hasta dónde alcanza el principio de la *par condicio creditorum*? 2ª ¿Cabe el fraude en sentido subjetivo en el pago de la deuda exigible? 3ª ¿Existen casos en que un acreedor debe abstenerse de cobrar?

¹⁰⁶ GHESTIN; *Traité de Droit civil (les obligations)*, París, 1992, págs. 696-697.

¹⁰⁷ El texto del art. 737 del Código civil argentino prescribe que *el pago hecho por el deudor insolvente en fraude de otros acreedores es de ningún valor*. Y L.M. REZZONICO (*Estudio de las obligaciones*, 9ª ed., I-1ª, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1961, pág. 318) lo cita como uno de los supuestos que *la doctrina general señala entre los actos atacables por la acción revocatoria*. Parece admitirse la posibilidad de *consilium fraudis* en el pago de deudas vencidas.

¹⁰⁸ REZZONICO; *Estudio de las obligaciones*, 9ª ed., I-1ª, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1961, pág. 318.

¹⁰⁹ El carácter irrevocable no alcanza a otros actos extintivos de la obligación distintos del pago (por ejemplo, a la dación en pago, ni a la cesión de bienes, novación, compensación...). Estos actos son, por el contrario, revocables según la doctrina y la jurisprudencia italianas (*Commentario breve al Codice Civile*, a cura di G. CIAN e A. TRABUCCHI, Cedam, 1992, art. 2.901; se cita en este sentido la sentencia de la Corte de Casación C 90/12123).

IV.1. Del alcance del principio de la *par condicio creditorum*

Antes de nada, quizás sea conveniente aclarar si la *par condicio* puede ser considerada como un principio del cual sea posible extraer consecuencias en todos los ámbitos en que la misma pueda quedar puesta en peligro o si por el contrario es una regla de indiscutible valor pero que tiene unos ámbitos limitados de aplicación.

Entendemos que no podemos construir con carácter general un principio de exigencia absoluta de respeto a la *par condicio creditorum*. Principio que, por ejemplo, haría atacables todos los pagos hechos en estado de insolvencia por el deudor, aunque fueran por obligaciones vencidas y exigibles (art. 1.292 CC, *a contrario*). La *par condicio*, en cambio, como regla orientadora no deja de tener importancia en el ámbito en que nos movemos. Lo que hemos de precisar es, a través de los datos que ofrece nuestro ordenamiento positivo, cuáles sean los linderos del ámbito en que es aplicable, si los hay. Por ejemplo, no deja de ser significativo que al organizar los pagos previos al reparto en la herencia aceptada a beneficio de inventario se observen todo tipo de cautelas para garantizar el respeto a la jerarquía de créditos (arts. 1.026 y 1.028 CC) y se descuide, sin embargo, la *par condicio* en favor de la tutela al acreedor diligente: *no habiendo juicio pendiente entre los acreedores, serán pagados los que primero se presenten* (art. 1.028 CC). Brevemente, vamos a reflexionar sobre cuáles son las alternativas de la *par condicio creditorum*.

1.1. Como una regla por la que se rigen los procedimientos concursales

La *par condicio* es una regla directriz de los procedimientos de concurso, quiebra y suspensión de pagos (Garrigues¹¹⁰, Sotillo¹¹¹, Bermejo¹¹²), que no obstante

¹¹⁰ GARRIGUES (*Curso de Derecho mercantil*, II, 8ª ed., 1983, pág. 445) explica que la masa de acreedores en la quiebra es un consorcio de interesados en el mismo procedimiento de ejecución (...). A esta comunidad de intereses la ley ha concedido algunos atributos de la personalidad jurídica, con carácter provisional y como medio para la mejor realización de su fin: el reparto equitativo del patrimonio del deudor entre sus acreedores.

¹¹¹ Entre otros, SOTILLO (*El principio pauliano en la retroacción*, R.G.D., 1964, págs. 551-557 y 734-740) señala entre los soportes del procedimiento de la quiebra la *par condicio creditorum*.

está subordinada a las reglas de los privilegios y de la jerarquía de los créditos. Este es sin duda alguna el campo específico del principio. Entre las disposiciones que regulan la quiebra, los arts. 916 y 899-II CCo son reflejo del principio; entre las del concurso, el art. 1.929-2º CC. En Italia, Pesucci califica a la acción revocatoria de la quiebra como la *válvula de seguridad* del sistema de la *par condicio creditorum*¹¹³.

1.2. Como determinante de un deber del deudor. ¿Un deber de presentarse en estado de insolvencia?

La *par condicio* puede ser concebida también como determinante de un *deber del deudor* de tratar por igual a sus acreedores iguales (y, por supuesto, también de respetar a los que tengan garantías); deber que, en estado de insolvencia, sólo se puede cumplir a través de la iniciación de los procedimientos concursales. Esto es más dudoso, porque nos conduciría a un deber de presentarse en estado de insolvencia. Este deber sería poco significativo en el ámbito de la responsabilidad civil porque se trata de un insolvente, aunque ha sido significativo en el ámbito penal¹¹⁴; como también en el mercantil cuando, tratándose

¹¹² Agradezco a N. BERMEJO su amabilidad, por el tiempo que me ha dedicado, tan provechoso para mí, y por haberme dejado acceso a su trabajo que titulaba *La "par conditio creditorum": ¿Ficción o realidad?* (U.A.M., 1996), que actualmente está siendo reelaborado y forma parte del estudio de su tema de tesis doctoral. En el marco de lo que sería el planteamiento tradicional del concurso, describe el principio como *la cifra o resumen de toda una concepción de la quiebra a tenor de la cual ésta constituye un procedimiento que soluciona las situaciones de insuficiencia patrimonial del deudor estableciendo una comunidad de pérdidas entre sus acreedores*.

¹¹³ PESUCCI, S.P.; *"Par condicio creditorum", revocatoria fallimentare e garanzie prestate dal fallito*, Rivista del Diritto Commerciale, 1989, pág. 22.

¹¹⁴ *Consecuencias penales que tuvo en el régimen del anterior Código penal la infracción del deber de presentarse en concurso o quiebra*: Antes de la entrada en vigor del Código penal de 23 de noviembre de 1995 (en mayo de 1996), la responsabilidad del deudor insolvente que no se presentaba en concurso se veía agravada cuando el pasivo fuera tres veces mayor que el activo. En este caso, el deudor podía incurrir en delito: *"Incurrirá en la pena de arresto mayor el concursado cuya insolvencia resultare, en todo o en parte, de alguno de los hechos siguientes: (...); 5º Retardo en presentarse en concurso cuando su pasivo fuere tres veces mayor que su activo"* (art. 523 del anterior Código penal). En cuanto al comerciante, el artículo 520 establecía la pena de prisión mayor para el quebrado *que fuere declarado en insolvencia fraudulenta*, mientras que el artículo 521 lleva aparejada la pena de

de los administradores de las personas jurídicas, se ha estimado que genera la responsabilidad de éstos por negligencia (por ejemplo, en S.T.S. 26 diciembre 1991)¹¹⁵.

No creemos que pueda hablarse hoy de un deber general del deudor de velar por la *par condicio*. En Italia, R. Miccio¹¹⁶ se pronuncia directamente en este sentido. En su opinión, no grava sobre el deudor la obligación de respetar la *par condicio* entre los distintos acreedores. Esto porque, como decíamos, el reconocimiento de ese deber nos llevaría a reconocer también un deber de presentarse en estado de insolvencia. En el nuevo Código penal (B.O.E. 24 nov. 1995) ha desaparecido la sanción penal de la conducta del insolvente que no se presenta en estado de insolvencia. Y, aunque la exigencia de este deber pudiera defenderse conforme a nuestro ordenamiento actual, parece que hoy se ha superado esta idea y se aboga incluso por la derogación de las normas que permiten sostenerlo. Se diría que en el orden civil este deber carece de sentido porque a fin de cuentas se trata de un insolvente, y que son los acreedores quienes, siendo diligentes, deberán activar las medidas correspondientes -embargos, acción revocatoria, concurso o quiebra,...- para que se protejan

prisión menor para el quebrado *que fuere declarado en insolvencia culpable*. De otro lado, se añadían las sanciones previstas por el Código de comercio para estos casos.

¹¹⁵ En el caso de la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de diciembre de 1991, se estimó la responsabilidad del administrador único de la sociedad porque había omitido toda actuación tendente a procurar el pago. El Tribunal se pronunció en los términos siguientes: "(...) la responsabilidad de promover la actuación social para adoptar tal acuerdo de disolución o reconstruir el patrimonio social, para, a través de una liquidación ordenada, garantizar los derechos paritarios de los acreedores, en caso de disolución, o en el de reconstrucción patrimonial hacer frente, con nuevas aportaciones, al desenvolvimiento normal de la actividad social, incumbía al referido administrador, como consecuencia de las indicadas facultades que (...) le estaban atribuidas y no ejercitó, generando con ello, (...) el perjuicio sufrido por el demandante". Y, en la misma sentencia, se dice que la "*par conditio creditorum*" (...) crea en contra del administrador una evidente negligencia grave (...), porque negligencia grave es mostrarse dicho administrador inactivo ante las dificultades económicas producidas en el Ente Social administrado, posibilitando con ello que se atendiesen unos créditos en su totalidad dejando de hacerlo ni en todo ni en parte con otros (Aranzadi RJ 1991\9604).

Las acciones de responsabilidad de los administradores, que pueden ser ejercitadas por los acreedores perjudicados, están previstas en los arts. 133-135 L.S.A., tanto si se trata de sociedades anónimas como de responsabilidad limitada (por remisión, en este último caso, del art. 69 L.R.L. de 1995).

¹¹⁶ MICCIO; *I diritti di credito*, I, Utet, Turín, 1971, pág. 339.

sus derechos y se resuelvan los conflictos de intereses que entre ellos puedan surgir. No obstante, veamos un momento el estado de la cuestión (*Del deber del deudor insolvente de presentarse en concurso, suspensión de pagos, y/o quiebra*).

A. *Del deber de presentarse en concurso*

El artículo 1.913 del Código civil prescribe que *el deudor cuyo pasivo fuese mayor que el activo y hubiese dejado de pagar sus obligaciones corrientes, deberá presentarse en concurso ante el Tribunal competente luego que aquella situación le fuere conocida*. Gullón¹¹⁷ comenta el artículo diciendo que *con este precepto el CC modifica puntualmente la regulación de la LEC sobre el concurso de acreedores. En la misma sólo se dice que el concurso es voluntario si lo promueve el deudor y necesario si lo promueven sus acreedores (art.1156)*. Y añade que este precepto introduce un factor de obligatoriedad para el deudor que no resulta de la LEC. La razón de ser de este "factor de obligatoriedad" introducido por el Código es sin duda que se cumplan los fines del concurso, sobretudo el de evitar *ejecuciones individuales que beneficiarían al ejecutante más audaz o más rápido y evitar que se incremente la insolvencia*.

B. *Del deber de presentarse en estado de suspensión de pagos o en estado de quiebra*

En Derecho mercantil existen normas paralelas al art. 1913 del Código civil, que establecen el deber del deudor de manifestar su estado de insolvencia. El artículo 889-1-2º del Código de comercio presume *iuris tantum* la quiebra culpable de *los que no hubieren hecho su manifestación de quiebra en el término y forma que se prescribe en el artículo 871*. Y este artículo 871, que fue reformado en 1897 (Ley sobre suspensión de pagos, de 10 de junio de 1897, por la que Lastres modifica los artículos 870-873 CCo), dice así: *"También podrá el comerciante que posea bienes suficientes para cubrir todo su pasivo, presentarse en estado de suspensión de pagos, dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes al vencimiento de una obligación que no haya satisfecho"*. El precepto anterior, artículo 870, concede la

¹¹⁷ GULLON BALLESTEROS; *Comentario del Código civil*, II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, pág. 2057.

posibilidad de constituirse en estado de suspensión de pagos al *comerciante que, poseyendo bienes suficientes para cubrir todas sus deudas, prevea la imposibilidad de efectuarlo a las fechas de sus respectivos vencimientos*. Del tenor literal de estas normas podría extraerse la doble conclusión: 1º) El deudor tiene la *facultad* de declararse en estado de suspensión de pagos desde que *se prevee* la futura insolvencia, total o relativa; y 2º) El deudor tiene el *deber* de declararse en estado de suspensión de pagos cuando *se produce* el sobreseimiento en el pago de alguna de sus deudas vencidas. Sin embargo, ¿es correcta esta interpretación? Y si lo es, ¿qué implicaciones tiene?

Una respuesta acertada requiere conocer el origen y evolución legislativa de esta familia de artículos. Así resulta del trabajo de Jerónimo López (*El deber de manifestarse en estado de quiebra*, A.D.C., 1954-II, pág. 345 y siguientes), del que se extraen estos postulados:

1) La supresión del segundo párrafo del originario texto del art. 871 (suprimido por la Ley de suspensión de pagos de 10 junio 1897), ha supuesto el inicio de una polémica acerca de si tal supresión *significa o no la derogación de la norma que imponía el deber de presentarse en estado de quiebra*¹¹⁸. El texto suprimido decía así: "*Pasadas las cuarenta y ocho horas señaladas en el párrafo anterior sin haber hecho uso de la facultad concedida en el mismo, deberá presentarse el día siguiente en estado de quiebra ante el juez o tribunal de su domicilio*". El art. 889-I-2º, que tenía pleno sentido en concordancia con este párrafo, no se modificó sin embargo a la vez que éste se suprimía. Esto ha dado paso a la necesidad de cuestionar el alcance que actualmente tiene este precepto. La doctrina y la jurisprudencia no son unánimes en este punto. Existe, por el contrario, gran contraposición entre las diversas posturas.

2) No quiso el legislador suprimir absolutamente el párrafo mencionado, sino trasladar la norma al artículo 876, con un texto modificado, que se proyectaba que dijese así: "*Es obligación de todo comerciante que se encuentre en estado de quiebra ponerlo en conocimiento del juez de primera instancia de su domicilio dentro de los tres días siguientes al en que hubiere cesado en el pago corriente de sus obligaciones*". Este párrafo pasaba a ser -según el Proyecto de 1861- el primero del artículo 876 del Código de comercio.

¹¹⁸ LOPEZ LOPEZ; *El deber de manifestarse en estado de quiebra*, A.D.C., 1954-II, pág. 346.

Jerónimo López señala que *en cambio, el art. 889 -para el que se proponen reformas que no es del caso citar aquí- se conserva íntegramente en lo que se refiere al núm. 2º del mismo, con referencia, por tanto, al art. 871, en vez de hacerla al art. 876. Esta errónea referencia se corregía más tarde, en una nueva proposición de ley que tampoco llegó a prosperar.*

3) Concedidas, tras muchos avatares, facultades para la modificación de los artículos 870-873 del Código de comercio, junto con la autorización para realizar las reformas adecuadas a dicha modificación en el Código de comercio, L.E.C. y Código civil, resultó llevarse a cabo la reforma de los artículos 870-873, pero *no se llega, en cambio, por azares de la política, a hacer uso de la autorización concedida*¹¹⁹. En resumen, se realizó la modificación de los artículos 870-873, posponiendo la reforma de los textos de otros artículos relacionados con ellos. *"El párrafo segundo del artículo 871, que se pensaba desplazar, meramente por razones de sistema, al artículo 876 del mismo Código, se ha perdido. Ello no significa, por todo lo expuesto, la derogación de la norma que dicho párrafo exteriorizaba (...), sino, solamente, una falta de adecuación entre una norma jurídica y su disposición legal. Estado de cosas anómalo que, pensado como transitorio, se ha prolongado hasta el momento presente, con las consiguientes injusticias, inobservancias de la Ley y dificultades para la doctrina"*¹²⁰.

Según lo dicho, podría concluirse que sigue vigente la norma que impone al deudor el deber de presentarse en estado de quiebra. Sin embargo más correcto es decir que no se ha suprimido formalmente, pero que de hecho debe estimarse derogada. Se han pronunciado en este sentido voces tan autorizadas en la materia como la del Profesor Angel Rojo Fernández-Río, a quien seguimos en este punto. En su opinión, no existe tal deber de presentarse en estado de quiebra, como se observa a la luz de la última jurisprudencia: *"Hoy está fuera de duda la derogación de los artículos 870 a 873 del Código de comercio"*¹²¹.

¹¹⁹ LOPEZ LOPEZ; *El deber de manifestarse en estado de quiebra*, A.D.C., 1954-II, pág. 354.

¹²⁰ LOPEZ LOPEZ; *El deber de manifestarse en estado de quiebra*, A.D.C., 1954-II, pág. 354.

¹²¹ ROJO FERNANDEZ-RIO; (la cita está tomada en el curso de doctorado sobre *Suspensión de pagos* impartido en la U.A.M. en el curso 93\94; de la sesión del 14 diciembre 1993, al que se me permitió asistir como oyente).

1.3. Como garantía de un interés protegido de los acreedores. ¿Par condicio fuera del concurso o de la quiebra?

La *par condicio* ¿significa el reconocimiento de un derecho de los acreedores a cobrar en proporción a sus créditos llegada la insolvencia del deudor? Hablar aquí de un *derecho* encuentra dificultades, pero tal vez pueda hablarse de un interés protegido. ¿Hasta dónde llega el *interés protegido* desde el punto de vista de los acreedores para garantizar la *par condicio*? El interés de los acreedores de obtener el trato igual les permite iniciar los procedimientos de concurso y quiebra, de los cuales van a resultar la paralización de los pagos o la posible retroacción. Pero, más allá, ¿podemos considerar que ese interés protegido determina que los pagos hechos en estado de insolvencia por el deudor por cuenta de obligaciones exigibles sean pagos objetivamente fraudulentos por lesionar la *par condicio creditorum*? Creemos que no, por dos razones. Una, porque -como ya hemos visto repetidamente- el art. 1.292 CC *a contrario* nos lleva a negar que el pago de deuda vencida sea objetivamente fraudulento. Otra, porque el principio de la *par condicio creditorum* no parece tener juego fuera del ámbito concursal¹²².

Sin embargo, hay que decir en relación con esto último que no existe una doctrina clara y uniforme al respecto. En *El pago anticipado*, el Profesor Díez-Picazo opina que *no hay ninguna razón seria para excluir la aplicación del principio de igual condición de los acreedores y de la ley del dividendo en todas las hipótesis de colisión de créditos, salvadas, naturalmente, las causas legítimas de preferencia*. Sería equívoco, dice el Profesor, pensar que el principio juega tan sólo en las situaciones de ejecución universal¹²³. Siguiendo a Díez-Picazo, L. Pascual Estevill opina también que *no es principio exclusivo de situaciones concursales*¹²⁴. A juicio del Profesor Lacruz doctrinalmente *podría sostenerse* tanto que *el pago no puede ser fraudulento* (*quid suum recepit nullam videre fraudem facere*) como que *pagar íntegramente a un acreedor y no poder hacerlo a los demás, entraña un perjuicio para éstos y, para aquél, un cierto enriquecimiento si se compara con lo que le*

¹²²

¹²³ DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEON; *El pago anticipado*, A.D.C., 1959, en Estudios de Derecho Privado, Cívitas, 1980, pág. 205.

¹²⁴ PASCUAL ESTEVILL; *El pago*, Bosch, 1986, pág. 111.

hubiera sucedido dentro del concurso; es decir, que puede haber fraude en la alteración injustificada de la *par condicio creditorum*¹²⁵.

En diverso sentido, Orduña Moreno¹²⁶ ha criticado la S.T.S. de 28 de marzo de 1988 por la confusión que crea al declarar como principio vulnerado en un supuesto de rescisión el que le es propio a una situación de concurso de acreedores, es decir, la "*par conditio creditorum*". A nuestro juicio, es interesante la propuesta de Tomillo¹²⁷. El autor critica el artículo 1.129-1º CC y, debido a los problemas que plantea en su confluencia con el art. 1.292 CC, propone -siguiendo a L. Díez-Picazo- que la solución, de lege ferenda, posiblemente requiera trasladar más allá de los límites del concurso el principio de la *par condicio creditorum* y la ley del dividendo, disponiendo su aplicación en todas las hipótesis de colisión de créditos, a salvo -naturalmente- las causas legales de preferencia. La idea se propone de lege ferenda, luego el autor entiende que el principio no opera hoy por hoy fuera del concurso o de la quiebra. Lo mismo sostienen otros autores dedicados al Derecho mercantil. De un estudio sobre la *par condicio creditorum* relativamente reciente, se extrae la idea de la aplicación del principio dentro de los límites del ámbito concursal, si bien la autora advierte que la doctrina civilista defiende la vigencia de la paridad de trato de los acreedores en el Derecho de obligaciones, fuera de los procedimientos concursales, entendida ésta como la existencia de un patrimonio -el patrimonio del deudor-, que responde potencialmente frente a todos los acreedores, sin excepción. No en vano se sostiene -dice- que es el art. 1911 del C.c. la expresión de dicho principio¹²⁸.

Nos parece significativa también la opinión de Capilla Roncero¹²⁹. Este autor afirma con rotundidad que la ejecución específica no consiente que opere el principio de la

¹²⁵ LACRUZ y otros; *Elementos...*, II-1º, 2ª ed., 1985, LB, pág. 338.

¹²⁶ ORDUÑA MORENO; *La acción rescisoria por fraude de acreedores en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, 2ª ed., JB, 1992, pág. 145.

¹²⁷ TOMILLO; *El vencimiento anticipado de las deudas en el fraude*, Cívitas, 1996, pág. 74.

¹²⁸ BERMEJO; *La "par conditio creditorum": ¿ficción o realidad?*, U.A.M., 1996.

¹²⁹ CAPILLA RONCERO; *La responsabilidad patrimonial universal y el fortalecimiento de la protección del crédito*, 1989, Fundación universitaria de Jerez, págs. 72-77.

*par condicio creditorum*¹³⁰. En primer lugar, dice, *para que haya concurrencia tiene que tratarse de pretensiones incompatibles entre sí. Y cuando tal sucede, el modo de proceder de la ejecución específica, en vez de aplicar la regla de la igualdad entre acreedores, supone decidir cuál de los titulares de las pretensiones incompatibles debe prevalecer sobre los demás*¹³¹. En otro caso, cuando los diversos acreedores no pueden obtener íntegra satisfacción de su interés, produciéndose concurrencia entre ellos y el subsiguiente conflicto, que debe resolverse precisamente aplicando el principio de la *par condicio creditorum*, se paralizan todas las ejecuciones, incluidas las específicas, que terceros acreedores hayan puesto en marcha contra el común deudor. Así, con la excepción de los acreedores que tienen reconocido el derecho de separación *ex iure crediti*, todas las demás ejecuciones pendientes contra el deudor se acumulan en el procedimiento de ejecución universal¹³².

En contra de que la acción revocatoria ordinaria o pauliana esté al servicio de garantizar la *par condicio* se pronuncia en Italia, entre otros, Maffei Alberti en *Il fallimento*¹³³, según ha constatado LLebaría Samper¹³⁴. Lo destacamos porque el Profesor Maffei Alberti (Bologna) es un reconocido especialista en materia de insolvencia en Italia. El propio Código civil italiano dice expresamente en su art. 2.901-III que no está sometido a la revocatoria ordinaria el pago de deudas vencidas, como vimos. Betti comenta con respecto a esto: "*No está sometido a la acción revocatoria el cumplimiento de un débito vencido, porque tal cumplimiento es, de todos modos, un acto debido y, no habiéndose impuesto todavía (como en derecho romano con la missio in bona) una par condicio creditorum, nada impide al deudor dar preferencia a uno de sus acreedores que invoque frente a él, un débito*

¹³⁰ CAPILLA RONCERO; *La responsabilidad patrimonial universal y el fortalecimiento de la protección del crédito*, 1989, Fundación universitaria de Jerez, pág. 73.

¹³¹ En la misma obra, pág. 73.

¹³² En la misma obra, pág. 74.

¹³³ Ruisi, Jorio, Maffei Alberti y Tedeschi; I, Turín, 1972, págs. 578, 582 y siguientes.

¹³⁴ LLEBARIA SAMPER; *Insolvencia civil, "par conditio creditorum" y rescisión de hipoteca. Comentario a la STS de 28 de marzo de 1988*, La Ley, 1989-3, págs. 921-934, pág. 926.

ya vencido"¹³⁵. También se ha pronunciado en este sentido otro italiano, R. Miccio: "*La revocatoria ordinaria è un'azione individuale completamente disancorata dal principio della par condicio*"¹³⁶.

Por todo ello parece que no existen argumentos suficientes para sostener que el principio de la *par condicio* juegue fuera del concurso, o al menos que tenga fuera del concurso fuerza suficiente como para predicar que el pago de una deuda vencida sea objetivamente fraudulento.

IV.2. ¿*Consilium fraudis* en el pago de obligaciones exigibles?

Descartada la idea de la objetivación del fraude en el pago de deudas vencidas hecho en estado de insolvencia, ¿cabe, al menos, entender que es aplicable la regla del fraude en sentido subjetivo (*consilium fraudis*)? Podemos de antemano diferenciar dos posibles situaciones: 1ª) Que el acreedor y el deudor se hayan puesto previamente de *acuerdo* para que aquél cobre íntegramente a costa del resto de los acreedores. 2ª) Que el acreedor no se haya puesto de acuerdo con el deudor, pero *sepa* que el pago que se realiza impedirá el cobro del resto de los acreedores.

En este segundo caso no parece que el pago pueda impugnarse por fraudulento porque el acreedor es diligente y cobra lo suyo¹³⁷. Otra cosa sería tratar peor al acreedor que es consciente de la situación patrimonial de su deudor que a aquél otro que la desconoce,

¹³⁵ BETTI; *Teoría general de las obligaciones*, II, traducido por J.L. de los Mozos, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1970, pág. 406.

¹³⁶ MICCIO; *I diritti di credito*, I, Utet, 1971, pág. 340.

¹³⁷ En este sentido se pronunciaba GARCIA GOYENA (*Concordancias...*, Madrid, 1852, reimpresión de Zaragoza, 1974, pág. 627): "*en los pagos para nada se tiene en cuenta que el acreedor ignore o sepa el estado de insolvencia, pues no recibe sino lo suyo*".

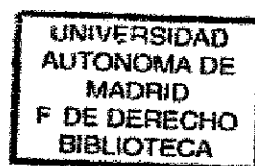
Sin embargo, y como ya indicamos, Lacruz opinaba que doctrinalmente cabe tanto admitir la fraudulencia del pago (por una alteración injustificada de la *par condicio*) como negarla. También manifestó sus reflexiones en este sentido A.M. MORALES MORENO (*Enajenaciones de bienes en fraude de acreedores*, Conferencia inédita pronunciada el 25 de marzo de 1992 en el seminario sobre *Problemas jurídicos de los actos en fraude de acreedores*, organizado por Management Forum España S.A.): "*Pero, siendo el pago en estado de insolvencia un acto objetivamente lesivo (de la "par condicio creditorum"), podría pensarse que es rescindible si al acreedor satisfecho le consta el estado de insolvencia en que se encuentra el deudor*".

lo que no puede aceptarse. Pero en relación con la primera situación (acuerdo entre acreedor y deudor), entendemos admisibles dos posturas:

a) Podría admitirse la existencia de un interés jurídicamente protegible de los acreedores en mantener la igualdad, y que el fraude pudiera alcanzar a este supuesto (en Francia, con cierto reparo, Ghestin¹³⁸). Hay que tener en cuenta que la defensa de esta posición probablemente sea muy costosa porque toda la actuación de los acreedores viene siempre amparada por el ejercicio de su derecho. En segundo lugar, se encontraría con la dificultad de probar la existencia del acuerdo entre el deudor y el acreedor, a la hora de llevarla a su aplicación práctica.

b) La segunda postura es la de admitir que, aunque haya *consilium* no hay fraude porque el acreedor está ejercitando un derecho. Esta posición nos parece más acorde con nuestro ordenamiento, si bien, como veremos, creemos que el conflicto de intereses entre los acreedores admite aun otra solución fuera del campo estricto del fraude.

Para llegar a ella vamos a ver cómo se construiría el *consilium*, admitido por las dos posturas que hemos considerado. ¿Podríamos entenderlo como confabulación con el deudor cuando ya se ha producido una reclamación de otro acreedor? La actuación está dirigida a producir un daño pero el acreedor queda amparado por el propio derecho, algo que no ocurre en los casos en que el *consilium* se manifiesta en una colaboración con el deudor para sustraer bienes de su patrimonio. ¿Acaso debe el acreedor velar por los intereses del resto de los acreedores? Vamos a verlo.



¹³⁸ Ya hicimos alusión antes a ello. GHESTIN (*Traité de Droit civil (les obligations)*, París, 1992, págs. 696-697) sostiene que los acreedores pueden impugnar el pago que ha sido efectuado con el fin de defraudarles. Como sólo existe un precepto que regule la materia (el genérico art. 1.167 del *Code*) el autor hace referencia a la jurisprudencia. La Corte de casación se ha pronunciado, dice, en sentido de exigir que se pruebe la intención de dañar, no siendo suficiente el conocimiento de la insolvencia del deudor y del daño que se causa a los otros acreedores (señala tres sentencias de 1869, 1896 y 1945, respectivamente). El autor afirma que esto no puede tener apenas aplicación práctica, porque el acreedor recibirá el pago en interés suyo y no con el fin de perjudicar a los otros.

IV.3. ¿Existen casos en que un acreedor deba abstenerse de cobrar? El abuso del derecho: una solución fuera del ámbito del fraude

No creemos que sea al acreedor a quien le corresponda velar por los intereses del resto de los acreedores. El Derecho romano y después las Partidas recogían el criterio de protección al acreedor diligente. Hemos querido destacar estos textos, que nos parecen significativos¹³⁹:

Ley 9, tít. XV, Part. V.: *"Ama a las vegadas el que es debdor de muchos, mas el pro del uno, que de los otros: é por ende acaesce, que ante que fagan entrega en los bienes del, que paga su debdo á aquel á quien bien queria. E en tal razon como esta, dezimos, que magüer los otros bienes que le fincan, non cumplan a pagar las debdas de los otros, que non le puedan apremiar, que torne aquello que recibió en paga de mano de su debdor. Esso mismo dezimos que seria, si la paga fiziesse otrosí, ante que desamparase los bienes. Mas si la paga fiziesse despues que fuesse fecha la entrega, ó que desamparasse sus bienes, quier lo fiziesse de su voluntad, quier por premia del juzgador; estonce bien la podrian demandar los otros debdores, al que la ouiesse recebido; é deue ser tornada, é ayuntada con los otros bienes que desamparó: é si deuuénlo partir todo entre los debdores, en la manera que diximos"*.

En el texto se distinguen dos situaciones: el pago hecho antes de lo que equivaldría a la declaración de quiebra; y el pago posterior a ella. En el primer caso, no pueden los acreedores revocarlo; en el segundo caso sí procede la reintegración de la masa con la cantidad pagada. El otro texto es el siguiente: *"Jus civile vigilantibus scriptum est"* (Ley 24, tít. VIII, lib. XLII, Digesto). Recogerá después esta máxima García Goyena¹⁴⁰, para recordar la protección que otorgaba el Derecho romano a quien velaba por sus intereses. El Derecho civil no puede dejar de proteger al acreedor que obró en defensa de su derecho. Por eso, cuando la deuda es exigible, no se puede atacar el pago aunque tuviera conocimiento

¹³⁹ Han sido tomados de la obra de GOMEZ DE LA SERNA; *La ley hipotecaria, comentada y concordada con la legislación anterior española y extranjera*, Madrid, 1862, págs. 679 y 682, respectivamente.

¹⁴⁰ GARCIA GOYENA; *Concordancias...*, Madrid, 1852, reimpresión de Zaragoza de 1974, pág. 627. Al hilo del comentario al artículo que precede al actual 1.292 CC en el Proyecto de 1851.

el acreedor de la insolvencia de su deudor. Cosa distinta es juzgar, como hace Tomillo¹⁴¹, que una exageración de la máxima *vigilantibus et non dormientibus iura succurrunt* (dirigida -señala- a favorecer al acreedor más cauto, más rápido o más sagaz) sea la acción individual del acreedor frente al comerciante insolvente no quebrado, por aplicación del art. 1.129-1º CC.

Por tanto podemos afirmar, como en Italia sostiene Miccio¹⁴², que fuera del concurso el principio de la *par condicio creditorum* no hace mella en el principio que consiente que el acreedor solícito cobre el primero. Hecha esta primera precisión, podemos preguntarnos si hay algún cauce para admitir en algunos supuestos la relevancia del *consilium fraudis*. Dicho cauce lo encontramos en la doctrina del abuso del derecho, puesto que el acreedor se ampara en el ejercicio de un derecho. Los requisitos que tipifican el abuso del derecho -explican Díez-Picazo y Gullón- son los siguientes: "1º *Uso de un derecho objetiva o externamente legal* (...); 2º *Daño a un interés no protegido por una específica prerrogativa jurídica* (...); 3º *Inmoralidad o antisocialidad del daño, manifestada en forma subjetiva (cuando el derecho se actúa con la intención de perjudicar o, sencillamente, sin un fin serio y legítimo) o bajo forma objetiva (cuando el daño proviene de exceso o anormalidad en el ejercicio del derecho)*"¹⁴³. A nuestro juicio, en algún caso extremo como pueda ser el del acreedor que, habiendo exigido el cobro, ve burlado el pago de su crédito por un acto posterior del deudor que salda la deuda de otro de sus acreedores con preferencia a la de aquél, puede estimarse el abuso del derecho por parte del acreedor que ha cobrado si tuvo conocimiento pleno de las circunstancias en que cobraba (tanto de la previa reclamación del otro acreedor como del estado de insolvencia en que quedaba su deudor). No en vano, algunos autores aproximan las nociones de fraude y abuso del derecho (en Francia,

¹⁴¹ TOMILLO; *El vencimiento anticipado de las deudas en la quiebra*, Cívitas, 1996, pág. 68.

¹⁴² MICCIO; *I diritti di credito*, I, Utet, 1971, pág. 348.

¹⁴³ DIEZ-PICAZO y GULLÓN; *Instituciones de Derecho civil*, I, Tecnos, 1995, pág. 300-301. Conforme a la doctrina de la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de febrero de 1944.

Ghestin¹⁴⁴; entre nuestros autores, Lohmann Luca de Tena¹⁴⁵).

El hecho de concluir que el acreedor no está obligado a abstenerse de cobrar (salvo ejercicio abusivo del derecho) no significa que el problema de la lesión del crédito por los pagos de deudas vencidas hechos en estado de insolvencia sea un problema ajeno al Derecho. Lo que ocurre es que probablemente el medio de dar solución a este problema no es discutir pago a pago realizado si había *consilium fraudis* o no, como en Italia¹⁴⁶, sino intentar una globalización de la situación a través de los mecanismos de la retroacción de la quiebra. Como indicara Lacruz¹⁴⁷, la *solución justa* al problema del pago exigible hecho en estado de insolvencia *dependerá* en última instancia de que los restantes acreedores tengan posibilidad de instar el concurso y *de la retroacción del mismo*.

En efecto, la retroacción de la quiebra o del concurso parece ser la vía idónea para garantizar la *par condicio*. En la sentencia de 23 de febrero de 1990, el Tribunal Supremo estimó la conveniencia de modificar la fecha que se había fijado para la retroacción de la quiebra, motivando que la retroacción debía cumplir su función de garantizar la igualdad de los acreedores. Dice así: "*El primero de los motivos de casación (...) es atendible una vez que la finalidad primordial de la quiebra de garantizar la "par conditio creditorum", a la que se orienta la retroacción de los efectos de la quiebra ha de tener en*

¹⁴⁴ J. GHESTIN (*Traité de Droit civil (les obligations)*, París, 1992, pág. 699) declara, al elaborar sus conclusiones sobre el elemento intencional del fraude pauliano, que se encuentra tentado en determinados casos de hablar de un abuso del derecho en vez de fraude. El autor no lo hace en el mismo sentido que nosotros, que nos referimos al abuso del acreedor, sino que se refiere al abuso del deudor en la gestión de su patrimonio. Lo que nos interesa sobretodo es señalar esta opinión suya: que de hecho las nociones de abuso del derecho y de fraude no son del todo esencialmente diferentes y responden a una preocupación común.

¹⁴⁵ LOHMANN LUCA DE TENA (*Apuntes para una distinta aproximación a la acción Pauliana*, R.G.L.J., 1984, págs. 469-506) ha señalado que la acción pauliana encuentra su justificación originaria en la protección de la buena fe frente al abuso del derecho (pág. 479).

¹⁴⁶ En Italia, una vez declarada la quiebra se sigue el sistema de analizar caso por caso las circunstancias en que se efectuó el pago, a fin de determinar si es revocable o no: El art. 67 *Il legge fallimentare* declara revocables los pagos de deudas vencidas y exigibles realizados en el año anterior a la declaración de quiebra, cuando el síndico pruebe que la otra parte conocía el estado de insolvencia del deudor (el pago de una cambial vencida sigue, a estos efectos, un régimen particular, descrito en el art. 68 de la *legge fallimentare*).

¹⁴⁷ LACRUZ y otros; *Elementos...*, II-1º, 2ª ed., 1985, LB, pág. 338.

cuenta, (...) los actos (...) cuyas características pongan de manifiesto el estado patrimonial de insuficiencia" (Aranzadi RJ 1990\712). En este sentido, S. Llebaría Samper¹⁴⁸ dice que nuestros autores -siguiendo la doctrina italiana- han defendido que *"mientras la revocatoria ordinaria es un medio para reprimir el fraude o para satisfacer al acreedor precedente, la retroacción de la quiebra es un medio para conseguir la par conditio creditorum"*¹⁴⁹.

De todo lo anterior podemos concluir que el pago de una deuda exigible, aun hecho en estado de insolvencia, escapa de la impugnación pauliana, no es objeto de esta acción (en este sentido, Lalaguna¹⁵⁰).

V. CONCLUSIONES

Los pagos realizados en estado de insolvencia son válidos y sólo pueden impugnarse por fraude de acreedores cuando se trate de deudas inexigibles al tiempo de hacerse el pago. Entre ellos se encuentran los siguientes: el pago de una obligación sometida a condición; el pago anticipado; el pago de una obligación natural; el pago de la obligación prescrita; y el pago de deudas de juego inexigibles. La impugnación no requiere más que la prueba de la lesión. Es indiferente cual sea la intención que mueve al deudor y si tiene o no conocimiento de ello el acreedor que ha cobrado. Estamos ante supuestos para los que el Código civil ha objetivado el fraude (art. 1.292 CC). La razón que justifica la impugnación del pago en estos casos radica en que el pago equivale a la renuncia del deudor a los medios de que disponía para oponerse ante la reclamación de quien, no obstante, ha cobrado válidamente. Renuncia que, por ser lesiva para terceros no puede tolerarse (art. 6.2 CC) y que, por afectar a los acreedores, desencadena los mecanismos propios de la tutela del

¹⁴⁸ LLEBARIA SAMPER; *Insolvencia civil, "par conditio creditorum" y rescisión de hipoteca*, La Ley, 1989-3, pág. 925.

¹⁴⁹ El autor cita estas palabras de Ibarra, anotando que son del trabajo titulado *La retroacción absoluta de la quiebra en el Derecho español*, de 1960; trabajo que hemos manejado pero no citamos directamente.

¹⁵⁰ Coincidimos con LALAGUNA (*La acción revocatoria y la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, R.G.D., 1993, n° 582, págs. 1259-1278, pág. 1275) en este punto. A juicio de este autor, *es claro (...) que el pago de una deuda exigible, aun realizado en estado de insolvencia, queda a salvo de la acción pauliana*.

crédito frente a los actos válidos del deudor (acción revocatoria). Normalmente, la impugnación del pago singular conducirá al concurso y, por tanto, a la aplicación del principio de la *par condicio creditorum* (cuyo ámbito propio es el de los procedimientos concursales).

Excluimos del ámbito del art. 1.292 CC los pagos de deudas supuestas o nulas, así como los efectuados en virtud de un procedimiento judicial que después se declara nulo e ineficaz, porque en estos casos la acción que corresponde ejercitar es la acción de nulidad o la de enriquecimiento sin causa (pago de lo indebido), y porque el art. 1.292 CC se refiere a pagos válidos. También excluimos el pago de obligaciones nacidas de contratos anulables porque supone la confirmación del contrato y creemos que el acreedor diligente debió ejercitar la acción por vía subrogatoria antes de que el contrato se hubiera confirmado, pero que una vez confirmado el pago es exigible y queda fuera del art. 1.292 CC.

En cuanto al pago realizado en estado de insolvencia por cuenta de obligaciones vencidas y exigibles, creemos que escapa del alcance de la acción pauliana, porque el acreedor que cobra queda amparado por su derecho. El acuerdo entre deudor y acreedor puede provocar en algún caso una situación de abuso del derecho que haga reproable el pago.

LA COMPENSACION

I. Introducción

II. El concepto, la naturaleza y los tipos de compensación

II.1. La compensación legal

II.2. La compensación judicial

II.3. La compensación voluntaria

III. La compensación realizada en estado de insolvencia

III.1. La compensación en la quiebra

III.2. La compensación del deudor insolvente (insolvencia no declarada)

IV. Conclusiones

I. INTRODUCCION

En convenios interempresariales es una práctica en ocasiones el acordar que, en caso de insolvencia de una de las entidades, quedarán automáticamente compensadas todas las operaciones pendientes entre ambas. Se trata de acuerdos por los que las partes se comprometen a la resolución automática de las relaciones entre ellas (contratos,...), dada la insolvencia de una, con compensación de las cuantías que por indemnizaciones y demás resulten como consecuencia de la resolución. ¿Es esta cláusula fraudulenta? ¿Es lícito el acuerdo de resolución? ¿Es lícita la compensación pactada?

Ante la falta de una norma que lo regule, la doctrina española discute sobre la admisibilidad o no de la compensación en la quiebra en nuestro sistema. Y fuera de la quiebra, ¿deben los acreedores soportar en todo caso la compensación de deudas de su deudor insolvente con otros acreedores? Nos ocuparemos aquí principalmente del tema de la compensación realizada en estado de insolvencia no declarada, a fin de determinar si los restantes acreedores (los que no tienen créditos compensables) tienen en algún caso posibilidad de impugnar la compensación.

II. EL CONCEPTO, LA NATURALEZA Y LOS TIPOS DE COMPENSACION

Como es sabido, la compensación se configura en nuestro Código civil como una de las causas de extinción de las obligaciones (art. 1.156), *en la cantidad concurrente* (art. 1.202) *cuando dos personas, por derecho propio, sean recíprocamente acreedoras y deudoras la una de la otra* (art. 1.195).

No es unánime la doctrina española al definir su naturaleza¹. Compartimos la opinión de quienes afirman que no es totalmente equiparable al pago (como doble pago abreviado²) porque en ocasiones la compensación, sin ser sustancialmente una garantía, adquiere cariz de garantía (en este sentido, por ejemplo, Espín y Albaladejo³). En todo caso, la compensación da lugar a la extinción de las obligaciones recíprocas en la cantidad concurrente y a la correspondiente excepción oponible a quien reclama el cobro. Rojo Ajuria propone la *equiparación funcional de la compensación a un derecho de garantía* y, sin embargo, distingue entre compensación y garantía, definiendo la compensación como una excepción: "*La compensación es una excepción, no un derecho real de garantía*"⁴.

Además de la compensación legal, la doctrina admite otros dos tipos de

¹ Por ejemplo, en la descripción del estado de la cuestión que hace M^a R. VALPUESTA (*Comentario del Código civil*, II, Ministerio de Justicia, 1993, pág.279) al comentar el artículo 1195 del Código civil, se indica que la compensación se asimila frecuentemente por nuestros autores al *pago* (Scaevola), calificándose de *doble pago abreviado* (la autora cita entre éstos a Manresa y Castán); también la jurisprudencia sigue esta línea (S.T.S. 10 febrero 1960); mientras que se destaca también la *función de garantía* del acreedor (Valpuesta cita en este sentido a Castán y Albaladejo).

ROJO AJURIA, en su monografía titulada *La compensación como garantía* (Cívitas, 1992), si bien afirma que nuestro ordenamiento, inspirándose en el francés, concibe la compensación como semejante al pago, propone dar mayor relevancia a la función de garantía de la figura, siguiendo los modelos anglosajón y alemán.

² En nuestro país se ha concebido la compensación según la *lógica del pago*, como explica ROJO AJURIA (*La compensación como garantía*, Cívitas, 1992). Esto ha llevado a nuestros autores a tratar la compensación como pago, para resolver los conflictos de intereses entre acreedores. Y en este sentido suele emplearse el término. Por ejemplo, GARRIGUES (*Curso de Derecho mercantil*, II, 8^a ed., 1983, pág. 452): "*Los pagos hechos por vía de compensación (...). (...). La compensación en Derecho civil no significa un medio de garantía, sino una forma de extinción de las obligaciones*".

³ ESPIN (*Manual de Derecho civil español*, III, Edersa, 1978, pág. 160) siguiendo a Colin y Capitant opinaba que la compensación significa un *doble pago abreviado*; mientras que ALBALADEJO (*Derecho civil*, II-1^o, 7^a ed., LB, 1983, pág. 309) matiza que *se trata (...) no de un doble pago abreviado, como suele decirse, sino de la supresión de dos pagos*. Tanto un autor como el otro señalan también la *función de garantía*, o de *evitar riesgos* que cumple la compensación (págs. 160 y 310, respectivamente).

⁴ ROJO AJURIA; *La compensación como garantía*, Cívitas, 1992, a lo largo de la monografía, especialmente en el Capítulo VI; la expresión está tomada de la pág. 173.

compensación, que denomina compensación voluntaria y compensación judicial⁵. Brevemente, vamos a ver cada uno a fin de detectar dónde se plantean los problemas a efectos del fraude de acreedores.

II.1. La compensación legal

La compensación opera *ex lege* cuando se da la *situación objetiva de compensabilidad* (Rojo Ajuria⁶), es decir, cuando se cumplen los requisitos que exige el artículo 1.196 del Código civil. Podrá entonces el deudor requerido al pago oponer a su acreedor-deudor la excepción de compensación. El efecto de extinción de las obligaciones se produce *ipso iure*, de modo automático (Díez-Picazo y Gullón⁷, Albaladejo⁸, Espín⁹). Por lo tanto, no es posible hablar de fraude de acreedores porque no hay un acto de administración ni de disposición del deudor que pueda impugnarse.

II.2. La compensación judicial

En ocasiones, los requisitos para la compensación (art. 1196 CC) pueden suplirse por la actuación del Juez. Rojo Ajuria explica que *la compensación judicial no es la compensación que se opone en juicio, sino aquélla en la que el juez realiza una actividad para completar el cumplimiento de los requisitos de compensabilidad*. Señala que *históricamente la compensación judicial aparece vinculada al requisito de la liquidez (...)*.

⁵ Los tres tipos de compensación se distinguían ya antes del Código civil (así, F. SANCHEZ ROMAN; *Estudios de Derecho civil*, IV, 2ª ed., Madrid, 1899, pág.412).

⁶ Empleamos aquí la expresión acuñada por ROJO AJURIA (*La compensación como garantía*, Cívitas, 1992).

⁷ DIEZ-PICAZO y GULLON (*Sistema...*, II, 6ª ed., Tecnos, 1992, pág. 194) explican en este sentido que *la doctrina, con muy pocas excepciones, y la jurisprudencia entienden que la compensación opera automáticamente, desde el momento en que se producen los requisitos legalmente exigidos. Sin embargo, el juez no la puede acoger de oficio, sino que tiene que ser alegada por la parte que quiera beneficiarse con ella*.

⁸ ALBALADEJO; *Derecho civil*, II-1º, 7ª ed., LB, 1983, pág. 310.

⁹ ESPIN; *Manual...*, III, 5ª ed., Edersa, 1978, pág. 164.

Y añade que *aunque nuestro Código Civil no la regula la doctrina está de acuerdo en su admisibilidad*¹⁰. Valpuesta opina que la compensación *la puede disponer el juez cuando falte alguno de los requisitos legales, siempre que el crédito del demandado derive de una relación que le ligue directamente al actor, que las deudas tengan un contenido homogéneo, y que el elemento que falta pueda ser actuado judicialmente, como podría ser la liquidación de la cantidad debida*¹¹. Siendo así, si tenemos en cuenta además -siguiendo a Díez-Picazo y Gullón¹²- que el juez no puede acoger de oficio la compensación sino que debe de alegarla el beneficiado por ella, parece que la voluntad del deudor de compensar la deuda está presente indirectamente -cuando lo solicita o cuando lo consiente- en el acto de compensación judicial. Por esta razón entendemos que la compensación judicial puede tener relevancia, como la compensación voluntaria que veremos a continuación, a efectos del fraude de acreedores.

II.3. La compensación voluntaria

Los efectos de la compensación pueden surgir también por voluntad de los sujetos que recíprocamente son deudor y acreedor. Rojo Ajuria explica que por la voluntad de las partes se puede *proceder a la compensación aunque no se cumplan todos los requisitos legales de compensabilidad*¹³. Unas veces, la remoción de los impedimentos legales para la compensación requiere la voluntad conjunta de ambos (*compensación convencional*); otras veces la compensación depende y tiene lugar por la voluntad de uno sólo de los sujetos (*compensación facultativa*). Así lo explican, por ejemplo, Valpuesta¹⁴, Díez-Picazo y

¹⁰ ROJO AJURIA; *La compensación como garantía*, Cívitas, 1992, pág. 58.

¹¹ VALPUESTA; *Comentario del Código civil*, II, Ministerio de Justicia, 1993, art. 1195, pág. 279.

¹² DIEZ-PICAZO y GULLON; *Sistema...*, II, 6ª ed., Tecnos, 1992, pág. 194, antes citado.

¹³ ROJO AJURIA; *La compensación...*, pág. 58.

¹⁴ VALPUESTA; *Comentario del Código civil*, II, Ministerio de Justicia, 1993, pág. 279.

Gullón¹⁵, Albaladejo¹⁶, o Espín¹⁷. Para conseguir el efecto de la extinción de las deudas recíprocas en la cantidad concurrente, el deudor (por sí mismo o de acuerdo con su recíproco deudor-acreedor, según el caso) elimina el obstáculo legal que impide que la compensación de créditos coexistentes y recíprocos surta efecto. Cuando se trata de un deudor insolvente, la compensación voluntaria en la que ha intervenido puede ser un acto lesivo para el interés de otros acreedores y dar lugar al correspondiente conflicto de intereses.

III. LA COMPENSACION REALIZADA EN ESTADO DE INSOLVENCIA

Con frecuencia, el tema de la compensación en la quiebra ha sido objeto de polémica doctrinal. Se abre aquí una laguna normativa que sólo encuentra solución acudiendo a criterios más amplios. Garrigues abre la cuestión diciendo: *"Cuando un acreedor de la quiebra es, al propio tiempo, deudor del quebrado, ¿podrá compensar frente a la masa de su deuda con su crédito? (...) Nuestro Derecho positivo no resuelve expresamente el problema. Pero podemos encontrar la solución a través de los principios generales de la quiebra y de los del Derecho civil"*¹⁸. También es conflictiva la compensación en situaciones de concurso de acreedores. Dice Espín que *cuando se produce la situación de concurrencia de acreedores, el acreedor-deudor se libra de la ley de concurso, cobrando íntegramente su crédito mediante la liberación de su deuda, perjudicando así a los restantes acreedores del insolvente. Consecuencia lógica es que la compensación deba ser excluida, en caso de concurso de acreedores, en provecho de uno de ellos, desde la fecha de la declaración del concurso, ya que la compensación como equivalente a un pago efectivo implicaría un privilegio para el acreedor que se beneficiase de la misma y fuera de los privilegios establecidos en la ley, no cabe admitir preferencia alguna*¹⁹.

¹⁵ DIEZ-PICAZO y GULLON; *Sistema...*, II, 6ª ed., Tecnos, 1992, pág. 195.

¹⁶ ALBALADEJO; *Derecho civil*, II-1º, 7ª ed., LB, 1983, pág. 315.

¹⁷ ESPIN; *Manual...*, III, Edersa, 1978, pág. 162.

¹⁸ GARRIGUES; *Curso de Derecho mercantil*, II, 8ª ed., 1983, págs. 451-452.

¹⁹ ESPIN; *Manual...*, III, 5ª ed., Edersa, 1978, págs. 160-161.

En esos casos de quiebra o concurso el problema está en admitir o no la compensación, sea del tipo que sea. Fuera de la quiebra o el concurso, nos ocupa ahora la compensación hecha en estado de insolvencia no declarada. Como hemos visto, sólo la compensación voluntaria o la judicial plantean problemas en relación con la posible impugnación por fraude, y no la compensación legal.

Veamos un ejemplo. Entre los varios acreedores de un deudor insolvente, hay uno que es, a su vez, su deudor recíproco. Se da una situación de coexistencia de créditos. Cuando aún no ha llegado la situación objetiva de compensabilidad, esto es, no siendo todavía los créditos legalmente compensables, ambos sujetos, o el deudor insolvente (si depende de él la remoción del impedimento)²⁰ acuerdan la compensación. Por ejemplo, el plazo de cumplimiento de la obligación en favor del deudor insolvente, que se presume en beneficio de ambos (art. 1.127 CC), aún no ha vencido, a pesar de lo cual admiten la compensación. Si los restantes acreedores instan la quiebra y, una vez declarada, pretenden exigir de aquél otro acreedor el pago de la totalidad de la deuda, éste puede oponer la excepción de compensación; mientras que si la compensación no hubiera tenido lugar se vería obligado a pagar por la totalidad y con derecho tan sólo a cobrar en la proporción correspondiente a su crédito sometido a las reglas de reparto entre acreedores. Mediante la compensación voluntaria el acreedor ha escapado de los riesgos que supone la insolvencia de su deudor. En tales circunstancias, ¿puede hablarse de fraude de acreedores? ¿Acaso no podrán los restantes acreedores del deudor insolvente impugnar la compensación por ser objetivamente fraudulenta? ¿O deben soportar la compensación? Si la deuda compensada aún no había vencido, ¿no estamos ante un caso análogo al del pago de deuda no vencida ni exigible realizado en estado de insolvencia, supuesto objetivamente fraudulento y acto revocable según el artículo 1.292 del Código civil?

La solución al tratamiento de la compensación voluntaria realizada en estado de insolvencia, quizás pueda apoyarse en este razonamiento: 1º La compensación se concibe en nuestro sistema como semejante al pago, por lo que no se admite la compensación en la

²⁰ Tratándose de compensación facultativa, o dependiente de la voluntad de una de las partes, el problema del fraude surge sólo cuando quien tiene la facultad de eliminar el impedimento a la compensación (por ejemplo, el plazo se acordó expresamente en su favor) es el deudor insolvente, o ambos deudores recíprocos. Si dependiera exclusivamente del otro sujeto, estaríamos fuera ya de la órbita del fraude, porque en el acto de disposición no participa el deudor insolvente, aunque afecte a su patrimonio.

quiebra; 2º luego fuera de la quiebra, si aplicamos el mismo razonamiento, se podrá impugnar la compensación cuando se pudiera impugnar el pago; 3º por tanto, parece que serán aplicables a la compensación las reglas que vimos para los pagos hechos en estado de insolvencia. Veamos si esto es factible.

III.1. La compensación en la quiebra

En nuestro país se sigue el modelo francés de compensación, que se caracteriza por la aproximación de la figura al pago y por el *respeto exquisito* por el interés de los restantes acreedores (Rojo Ajuria²¹). Por esta razón no suele admitirse la compensación en la quiebra. En esto coinciden la mayoría de la doctrina y la jurisprudencia españolas, según explica Vicent Chuliá²², y es también opinión generalizada en los sistemas francés e italiano, como señala Caravelli²³. Pero hay que hacer una salvedad, y es que se admite la compensación en la quiebra cuando se trata de créditos nacidos de una misma relación sinalagmática (Beltrán²⁴). Así ocurre con los contratos de cuenta corriente bancaria, en que

²¹ ROJO AJURIA (*La compensación como garantía*, Cívitas, 1992, pág. 39) dice que *el Code establece un principio fundamental en la compensación: la compensación no tiene lugar en perjuicio de derechos adquiridos por terceros (artículo 1.298). Tal principio no creemos que sea simplemente un tributo que se paga por la equiparación de la compensación al pago.(...). (...) el codificador francés se basó en un respeto exquisito (...) a la responsabilidad universal del patrimonio del deudor, a la par condicio creditorum y (...) en consecuencia, es muy escaso el desarrollo de las garantías mobiliarias.*

²² Además de señalar que la mayoría de los autores no admiten la compensación en la quiebra, VICENT CHULIA (*Compendio...*, II, 3ª ed., 1990, págs. 868-869) añade que *el Tribunal Supremo se ha manifestado siempre en contra de admitir la compensación, tanto en la quiebra como en la suspensión de pagos.*

²³ Frente a la consideración de la compensación como garantía de los sistemas alemán y anglosajón, ha seguido nuestra jurisprudencia el modelo francés e italiano de la no admisión de la compensación después de la declaración de quiebra. Entre los autores italianos, CARAVELLI (*Teoría della compensazione*, Pisa, 1930, pág. 160) explica -frente a la concepción adoptada por otros sistemas jurídicos- cuál es la postura que se sigue en Italia: *"Da noi e in Francia, invece, la compensazione, che si verifici dopo la sentenza dichiarativa del fallimento è inefficace; e in ciò concorda tutta la dottrina"*.

²⁴ BELTRAN (*Las deudas...*, pág. 217, nota a pie nº 2) dice que se tolera sin dificultad la compensación en la quiebra de créditos nacidos de una misma relación sinalagmática.

se admite la compensación simultánea a las operaciones de liquidación (en Italia, Caravelli²⁵).

Junto al respeto exquisito por el interés de los restantes acreedores, se traen a colación como argumento legal para negar la compensación en la quiebra los artículos 1.196-5º CC (López Vilas²⁶) y 926 CCo (Olivencia²⁷). Quienes consentirían la compensación en la quiebra lo hacen considerando que puede cumplir una función de garantía²⁸, mirando al modelo alemán y al anglosajón, pero suelen admitir a la vez que esta concepción de la compensación no encaja bien en nuestro sistema tal y como está hoy configurado²⁹.

²⁵ CARAVELLI (*Teoria della compensazione*, Pisa, 1930) lo señalaba ya: *"Molti scrittori vedono nella connessità una speciale ragione di ammettere la compensazione in alcuni casi, in cui, di regola, non sarebbe ammessa, per es: nell fallimento"*.

²⁶ LOPEZ VILAS (*Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, XVI-1º, Edersa, pág. 528) cita entre los que no admiten la compensación en la quiebra a Garrigues, Polo, Olivencia, Broseta y Ramírez; y dice: *"La inadmisibilidad de la compensación en la quiebra se asienta en (...) argumentos esenciales: (...) la compensación aparece prohibida en la quiebra por aplicación de los preceptos del Código civil que exigen para su realización la plena disponibilidad de los créditos (art. 1.196,5º, del C.c.)"*. En cuanto a la finalidad del precepto, dice que *resulta clara (...): evitar posibles fraudes* (pág. 525).

²⁷ OLIVENCIA (*La compensación en la quiebra y el art. 926 del Código de comercio*, A.D.C., 1958, págs. 805-848) utiliza como argumento para negar la compensación en la quiebra el siguiente: *Nuestro Derecho positivo no dedica más que un precepto a la compensación en la quiebra, el art. 926 CCo; este artículo es una excepción al principio general de no admisión de la compensación en nuestro ordenamiento. E interpela al lector: "¿Qué razón tendría el dedicar un artículo a un supuesto concreto de compensación si en nuestro ordenamiento se admitiese ésta en caso de quiebra con carácter general?"* (pág. 846).

²⁸ La admisión de la compensación en la quiebra pretende reforzar su función de garantía. De hecho *la compensación como garantía tiene su origen histórico en la quiebra* (ROJO AJURIA, *La compensación...*, pág. 40).

²⁹ En esta línea de admitir la compensación en la quiebra -sostenida y probablemente iniciada, entre nosotros, por Uría- se insertó la tesis doctoral de Carmen GALAN (U.C.M., 1989, titulada *"La compensación en los procedimientos concursales"*, dirigida por Girón Tena). Refiriéndose a este sector doctrinal, ROJO AJURIA (*La compensación como garantía*, Civitas, 1992, pág. 138) pone de manifiesto que *han negado que el artículo 1.196-5º CC sea aplicable a la quiebra, reduciendo su ámbito de aplicación a la ejecución individual*. Y añade: *"Tal planteamiento nos parece aceptable como una propuesta de política jurídica (...), pero no creemos que sea el más acorde con el sentido histórico de dicha norma. Que a la*

III.2. La compensación del deudor insolvente (insolvencia no declarada)

Según venimos repitiendo, en España la doctrina y la jurisprudencia siguen el modelo francés de compensación, que es tratada en la quiebra como un pago. Por esta razón nos inclinamos por afirmar que -siempre que la compensación siga configurada en nuestro sistema como pago y no como garantía- pueden trasladarse a la compensación las reglas del tratamiento de los pagos hechos en estado de insolvencia. Diríamos entonces que es impugnabile la compensación que se acordó o consintió por el deudor insolvente cuando no pudo haber sido compelido a ello por la otra parte (art. 1.292 CC, por analogía).

El fraude podría consistir en cualquier alteración de las obligaciones recíprocas procurada o consentida intencionalmente por el deudor insolvente para remover los obstáculos que impidieran la compensación (art. 1.196 CC); es decir, cualquier acto por el que el deudor insolvente modifique las obligaciones de modo que éstas pasen de ser potencialmente compensables a actualmente compensables, con perjuicio para los restantes acreedores. Estos actos pueden ser de variada índole (según sea el obstáculo que se trate de evitar). Entre

luz del artículo 1.298 del Code, o del artículo 1.196-5º, el resultado sea la inadmisión de la compensación en la quiebra nos puede parecer una solución insatisfactoria, pero no desprovista de una lógica implacable".

Por su parte, VICENT CHULIA (*Compendio...*, II, 3ª ed., 1990, págs. 867-868) expone así la problemática planteada: *"Existen dudas sobre si es posible la compensación con las deudas del quebrado que se hacen exigibles como consecuencia de la declaración de quiebra. Si todas las obligaciones del quebrado vencen, y se hacen líquidas y exigibles como consecuencia de la declaración de quiebra, es claro que existe aquí una posible hipótesis de compensación en masa, en virtud de la cual cada acreedor del quebrado, en la parte en que fuese deudor de éste, cobraría su crédito, no quedando sometido a la ley del dividendo. (...). Pues bien, el Proyecto de convenio sobre unificación del régimen de la quiebra en la CEE admite la compensación propia en la quiebra, optando por la filosofía de simplificación en los pagos y de concepción dinámica y solidaria en el crédito. E, incluso, la refuerza, disponiendo el vencimiento anticipado de todos los créditos del quebrado contra sus acreedores, con el fin de que todos éstos puedan beneficiarse en igualdad de condiciones. Y para impedir abusos prohíbe la cesión de créditos por el acreedor que no puede hacer compensación, en favor del acreedor que pueda hacerla".* En cuanto a la doctrina española, Vicent Chuliá (págs. 868-869) indica que la mayoría de los autores no admiten la generalizada compensación entre créditos y deudas del quebrado; entre los que son partidarios de admitirla, cita a Uría y González Palomino.

otros, la renuncia al beneficio del plazo³⁰ (art. 1.196-3º CC); la subrogación del fiador en lugar del obligado principalmente (art. 1.196-1º CC); la novación que hace homogéneo el objeto de las prestaciones que no lo eran³¹ (art. 1.196-2º CC); la renuncia a la condición a que estaba sometida la obligación (art. 1.196-4º CC);... Así, encontramos que en el propio acto de compensación voluntaria pueden estar implícitos otros actos de renuncia, o novación,... que son los que realmente justifican la posibilidad de impugnación, pues no se admiten cuando son en sí mismos lesivos (en caso de renuncia, art. 6.2 CC).

Planteábamos en la introducción el caso de los pactos de compensación interempresariales previstos para situaciones de insolvencia de alguna de las empresas. Entendemos que tales acuerdos no son objeto de impugnación pauliana ni pueden estimarse fraudulentos cuando se realizan siendo solventes las partes, porque en ese caso no son *en sí mismos* lesivos de otros derechos de crédito ya existentes. La compensación pactada no es fraudulenta en este caso, porque se refiere a deudas futuras. (Otra cuestión distinta, en la que no entramos, es la relativa a la licitud del acuerdo de resolución en esos casos). No obstante, hay que señalar que si estos acuerdos se llevasen a cabo siendo ya insolvente una de las partes, sí pueden ser impugnados por fraudulentos, por cuanto suponen una compensación voluntaria de las deudas actuales por parte del deudor insolvente, a la que no pudo haber sido compelido. En ese caso, sí pueden verse lesionados directamente por el acuerdo los intereses de otros acreedores. Estimamos que es aplicable el art. 1.292 CC por analogía.

³⁰ Se admite la compensación voluntaria por *renuncia a un término* (ESPIN; *Manual...*, III, Edersa, 1978, pág. 162) o *renuncia al plazo* (ALBALADEJO; *Derecho civil*, II-1º, 7ª ed., LB, 1983, pág. 315) o acordar la compensación de *deudas no vencidas* (DIEZ-PICAZO y GULLON; *Sistema...*, II, Tecnos, 1992, pág. 195).

³¹ Como explica ALBALADEJO (*Derecho civil*, II-1º, 7ª ed., LB, 1983, pág. 315), pueden admitirse dos construcciones para la compensación convencional: 1ª *Las partes extinguen directamente -pues les es posible- las dos obligaciones no compensables*. 2ª *Las partes, mediante novación, hacen convertirse a las antiguas obligaciones en otras que reúnen los requisitos de compensación exigidos por la ley; produciéndose, entonces la compensación legal*.

IV. CONCLUSIONES

En España seguimos el sistema francés según el cual la compensación se configura como pago, por lo que no se admite en la quiebra. Siempre que no evolucione esta concepción hacia la configuración de la compensación como garantía (pugna en su favor un sector todavía minoritario de nuestra doctrina) podemos trasladar a la compensación el tratamiento de los pagos hechos en estado de insolvencia. Es impugnabile la compensación consentida o acordada por el deudor insolvente cuando no pudo haber sido compelido a ello por la otra parte (art. 1.292 CC, por analogía).

LA CONSTITUCION DE GARANTIAS Y LA LESION DEL CREDITO DE LOS RESTANTES ACREEDORES: UN ESTUDIO DE LA HIPOTECA¹ CONSTITUIDA EN ESTADO DE INSOLVENCIA

I. Introducción

II. Razón histórica de la normativa o de la falta de una normativa al respecto

III. La doctrina del Tribunal Supremo

IV. Del tratamiento de la hipoteca constituida en estado de insolvencia. Una propuesta de aplicación del régimen de los pagos hechos en estado de insolvencia

IV.1. Las principales soluciones que se han dado

1.1. La posible aplicación del art. 1.297-I CC

1.2. La posible lesión de la *par condicio creditorum*

1.3. La mala fe en el otorgamiento de un privilegio

VI.2. Proponemos tratar la hipoteca según el régimen que vimos para los pagos hechos en estado de insolvencia

V. Conclusiones

¹ Nos referiremos en este apartado tan sólo a la hipoteca inmobiliaria, aunque empleemos el término genérico de hipoteca.

I. INTRODUCCION

El Tribunal Supremo ha declarado varias veces revocable una hipoteca por haberse constituido en fraude de acreedores. Sin embargo, del estudio de la jurisprudencia no podemos extraer unos criterios claros sobre el tratamiento de las garantías otorgadas en estado de insolvencia, porque la doctrina es vacilante. Decimos que es vacilante no sólo porque unas veces se admite y otras se niega la posibilidad de fraude en el acto de constitución de garantías aun siendo las circunstancias similares, sino porque incluso entre las sentencias que apreciaron la revocación, los argumentos que sostienen el fallo no coinciden, como tampoco las disposiciones aplicadas.

El problema que nos encontramos es la falta de una normativa directamente aplicable. Esto puede deberse a una razón histórica.

II. RAZON HISTORICA DE LA NORMATIVA O DE LA FALTA DE UNA NORMATIVA AL RESPECTO

El concepto "hipoteca" se introduce en las leyes españolas a principios del siglo XVI, finalizada la Reconquista, regulándose aspectos puntuales en los distintos reinos por medio de pragmáticas y otras disposiciones (edicto en Cataluña; decreto en Navarra). Esto explica que no haya sido considerada expresamente a efectos del fraude en las Partidas, sino en leyes mercantiles posteriores (así, el Código de comercio de 1829, art. 1039) y

finalmente en la Ley Hipotecaria de 1861². Cuando aparece la primera ley hipotecaria, todavía no se había publicado el Código civil. Tal vez por ello la ley reguló ampliamente la materia del fraude de acreedores³ (artículo 36, protector del tercero que inscribe en el Registro⁴; artículo 37, que concreta excepciones al anterior⁵; artículo 38, que desarrolla el

² Los datos que tomamos como referencia de base sobre la ley hipotecaria de 1861 aquí son, fundamentalmente, de la obra de GOMEZ DE LA SERNA; *La ley hipotecaria, comentada y concordada con la legislación anterior española y extranjera, precedida de una introducción histórica y seguida de un diccionario y formularios*, Madrid, 1862.

³ Cuando aún no ha sido promulgado el Código civil español, se publica nuestra primera ley hipotecaria (sancionada por Isabel II el 8 de febrero de 1861 y publicada en la Gaceta de 10 de febrero de 1861). Debido a la ausencia de una regulación sistemática del fraude de acreedores, la propia Ley se hace cargo de la materia, y recoge en sus artículos 36 a 41 lo que era entonces la doctrina sobre el fraude de acreedores. Por esta razón, tiene interés especial un acercamiento a cada uno de estos preceptos, no sólo por cuanto se refiere a la hipoteca, sino por cuanto aportan al estudio histórico del fraude de acreedores, en general.

⁴ *El artículo 36 de la ley hipotecaria de 1861.* - De este artículo comenta GARCIA GARCIA (*Derecho inmobiliario registral o hipotecario*, II, Cívitas, Madrid, 1993, págs. 488-489) que *esta es la regla fundamental clarificadora e iluminadora de la obscuridad en que se encontraba el tráfico jurídico inmobiliario con anterioridad*, por cuanto salva a los terceros que acuden al Registro del efecto destructor "en cadena" de las acciones rescisorias y resolutorias. Se corresponde prácticamente con el primer párrafo del artículo 37 de la actual ley hipotecaria. Dice así: *"Las acciones rescisorias y resolutorias no se darán contra tercero que haya inscrito los títulos de sus respectivos derechos, conforme a lo prevenido en esta ley"*. ¿Quién tiene la condición de *tercero*? Este precepto se ha mantenido hasta nuestros días y la interpretación de quién se entiende por tercero a efectos del mismo ha dado lugar, en un momento posterior, a una fuerte polémica doctrinal (Me refiero a los artículos que en los años 1933 a 1935 aparecieron publicados en la Revista Crítica de Derecho Inmobiliario: CAMPOS PORRATA, *El artículo 37 L.H. en relación con la acción pauliana*, IX, 1933, págs. 434 siguientes; VILLARES PICO, *Sobre el artículo 37 L.H. y la rescisión en fraude de acreedores*, IX, 1933, págs. 811 siguientes; ROCA SASTRE, *La acción pauliana y el artículo 37 L.H.*, XI, 1935; BELLVER CANO, *Valor hipotecario de la acción pauliana*, XI, 1935. Se refieren al artículo 37 porque no estaba vigente ya la ley de 1861 sino la de 1909. En la polémica entraremos brevemente al comentar esta segunda ley hipotecaria). Gómez de la Serna dejó constancia de que tercero es, en este caso y a efectos de la ley hipotecaria, el subadquirente de aquél cuya adquisición patrimonial se ha rescindido o resuelto con posterioridad, aunque no queda del todo claro si a efectos del fraude de acreedores se sigue igual criterio, porque el autor se refiere en particular al caso en que exista una condición resolutoria o rescisoria. Dice así: *"Los que han intervenido en el acto o contrato sujeto a una condición resolutoria o rescisoria no pueden valerse del beneficio que concede el artículo que comentamos únicamente a los terceros, porque sólo a estos últimos favorece la Ley hipotecaria, (...) y no a los que sin necesidad de acudir al Registro sabían la cláusula en virtud de la cual podían quedar sin efecto los derechos transmitidos"* (GOMEZ DE LA SERNA; *La Ley Hipotecaria...*, Madrid, 1862, pág. 647).

contenido del 36^o; el artículo 39, en que se enumeran los actos que se entienden lucrativos

³ El artículo 37 de la ley hipotecaria de 1861.- Este precepto recogía las excepciones al anterior, que se corresponden con las que aparecen en el segundo párrafo del actual art. 37 L.H. (1^o y 4^o, respectivamente): *"Se exceptúan de la regla contenida en el artículo anterior: 1^o Las acciones rescisorias y resolutorias que deban su origen a causas que consten explícitamente en el Registro; 2^o Las acciones rescisorias de enajenaciones hechas en fraude de acreedores en los casos siguientes: Cuando la segunda enajenación haya sido hecha por título gratuito. Cuando el tercero haya sido cómplice en el fraude. En ambos casos prescribirá la acción al año, contado desde la enajenación fraudulenta"*. El plazo de un año para ejercitar la acción rescisoria es el mismo que concedía el Derecho romano (D.42, 8), que adoptaron después las Partidas, pero desde el día en que tuviere conocimiento el acreedor. Tratándose de la segunda enajenación, establece este artículo que se contará el plazo desde el día de la enajenación fraudulenta. Según dice Gómez de la Serna, se tuvieron en cuenta aquí las reglas establecidas por la Comisión de codificación del proyecto de Código civil de 1851 (que en esencia coinciden con las expresadas en los artículos 1.291 3^o y 1.297 1^o de nuestro Código civil). La Ley 7^a, tít. XV, P.V, es precedente histórico de estas reglas. La doctrina de la antigua ley quedaba ahora modificada: *"la modificación consiste, en que según las leyes de Partida, durante el año por que se otorgaba la acción para que los acreedores pudieran pedir la revocación de las enajenaciones, las cosas así dadas quedaban sujetas a la acción rescisoria, aunque pasaran a manos diferentes, cualquiera que fuere el título de su transmisión, y la Ley hipotecaria, si bien deja revocable la enajenación siempre que el donatario tiene aun la cosa, sólo admite la rescisión respecto al tercero cuando éste la recibió por título gratuito, y no si la obtuvo por título oneroso"* (GOMEZ DE LA SERNA; *La ley hipotecaria...*, pág. 650). La cosa quedaba sujeta durante un año a los efectos revocatorios de la acción rescisoria, según las leyes de Partida, independientemente de si las posteriores transmisiones eran a título oneroso o lucrativo. El Proyecto de Código civil de 1851 corrige este criterio, aplicando a cada una de las sucesivas transmisiones las mismas reglas de la rescisión que se aplican a la primera enajenación. La ley hipotecaria supone entonces una excepción al régimen general subsistente hasta la promulgación del Código civil, que recoge definitivamente esta regulación para todo subadquirente, no sólo para el que ha inscrito en el Registro.

Es interesante ver que las Partidas llegaron a aceptar, en cierto modo, un supuesto objetivo de fraude: la rescisión de las transmisiones a título gratuito hechas por el deudor insolvente. Sin embargo, esta objetivación del fraude resultará extraña después a nuestros juristas del XIX y principios del XX, debido a que la jurisprudencia de su época había pasado a utilizar un concepto de fraude esencialmente subjetivo. GOMEZ DE LA SERNA expresa así su asombro: *"Dieron a esta consideración tanta importancia las de Partidas, que se apartaron respecto a las enajenaciones por título lucrativo, de la regla general, según la cual, deben simultáneamente coexistir el propósito o la intención de defraudar, "animus defraudandi", y la realidad del perjuicio "eventus", y establecieron que la revocación procediera, aunque no se demostrara la intención, con tal que los acreedores en realidad no pudieran ser satisfechos, en todo o en parte, de sus créditos respectivos"*; (*La ley hipotecaria...*, pág. 651). La corrección de esta desviación conceptual y el giro hacia una acepción del fraude objetivo se iniciará de nuevo ya entrado el siglo XX con autores como Federico de Castro (A.D.C., 1932), hasta ser aceptado de nuevo por nuestra doctrina. Ya lo vimos en el primer capítulo.

a efectos de negar la protección registral al tercero⁷; artículo 40, al que nos vamos a referir ahora, y artículo 41, que establece algunas presunciones de *consilium fraudis* del tercero⁸).

Entre las disposiciones dedicadas al fraude, encontramos una que se refiere directamente a la hipoteca constituida en estado de insolvencia. Nos referimos al artículo 40-4º de aquella primera ley hipotecaria: *"Se podrán revocar, conforme a lo declarado en el artículo anterior, y siempre que concurren las circunstancias que en él se determinan: (...); 4º Las hipotecas voluntarias constituidas para la seguridad de deudas anteriormente contraídas sin esta garantía y no vencidas, siempre que no se agraven por ella las*

⁶ El artículo 38 de la ley hipotecaria de 1861.- El artículo 38 desarrolla el contenido del art. 36. Gómez de la Serna explica que aunque se refiere a *contratos*, el precepto alcanza también a los actos. En relación al fraude, en el artículo 38 se lee: *"En consecuencia de lo dispuesto en el artículo 36, no se anularán ni rescindirán los contratos en perjuicio de tercero que haya inscrito su derecho por ninguna de las causas siguientes: (...) 7ª Por enajenaciones verificadas en fraude de acreedores, con exclusión de las exceptuadas en el artículo anterior"*.

⁷ El artículo 39 es muy significativo. Como decíamos, en él se hace una enumeración de los actos que se entienden lucrativos a efectos de negar protección registral al tercero que adquiriera por medio de ellos: *"Se entenderá enajenación a título gratuito en fraude de acreedores en el caso primero num. 2º del artículo 37, no solamente la que se haga por donación o cesión de derecho, sino también cualquiera enajenación, constitución o renuncia de derecho real, que haga el deudor en los plazos respectivamente señalados por las leyes comunes y las de comercio en su caso, para la revocación de las enajenaciones en fraude de acreedores, siempre que no haya mediado precio, su equivalente u obligación preexistente y vencida"*. GÓMEZ DE LA SERNA (*La ley hipotecaria...*, pág. 675) comenta lo siguiente: *"La Comisión de Codificación en los Motivos de la Ley ha dicho a propósito de este artículo: "(...), más que establecer derecho nuevo, puede decirse que en esta parte del proyecto se limita a formular lo que o antes estaba escrito en la ley sin concretarlo al caso actual, o lo que viene recibido como doctrina, e interpretado prácticamente por la jurisprudencia de los tribunales"*. En cuanto a la cesión de derecho explica, a efectos de aplicar este artículo: *"La cesión de derecho se entiende (...) cuando se hace sin que medie precio o su equivalente"*.

⁸ Por último, el art. 41 de la ley hipotecaria de 1861 sienta una serie de presunciones de complicidad del tercero en el fraude. El texto del precepto es el siguiente: *"Se considerará al poseedor del inmueble o derecho real, cómplice en el fraude de su enajenación en el caso segundo num. 2º del art. 37:*

1º Cuando se probare que le constaba el fin con que dicha enajenación se hiciera, y que coadyuvó a ella como adquirente inmediato, o con cualquier otro carácter.

2º Cuando hubiere adquirido su derecho bien inmediatamente del deudor, bien de otro poseedor posterior, por la mitad o menos de la mitad del justo precio.

3º Cuando habiéndose cometido cualquier especie de suposición o simulación en el contrato celebrado por el deudor, se probare que el poseedor tuvo noticia o se aprovechó de ella."

*condiciones de la obligación principal. (...)". También el artículo 1.039 del Código de comercio entonces vigente, reputaba fraudulentas tales hipotecas, que se declaran ineficaces frente a los acreedores del quebrado. En el mismo artículo 40 se establece una presunción de gratuidad de determinados actos⁹ para aquellos casos en que *el escribano no dé fe* de la entrega del precio o cuando no se justifique o pruebe suficientemente la entrega del mismo¹⁰.*

Al promulgarse el Código civil, se trata el fraude de acreedores sin hacer ninguna alusión a la hipoteca, que tampoco se echaba en falta porque la propia ley hipotecaria se ocupaba de ello. Pero la publicación del Código civil da lugar a la polémica doctrinal e influye en la redacción de una nueva ley hipotecaria (1909)¹¹. Como señala

⁹ En particular, se refiere a los derechos reales constituidos por el deudor; a la dote y donaciones *propter nuptias*; a las adjudicaciones de bienes inmuebles en pago de deudas no vencidas; a las hipotecas voluntarias constituidas para la seguridad de deudas anteriormente contraídas sin esta garantía y no vencidas, siempre que no se agraven por ellas las condiciones de la obligación principal; y, en general, a toda renuncia o traspaso de un derecho real.

¹⁰ No será suficiente, señala el precepto, la confesión de los contrayentes de haberse verificado la entrega.

¹¹ La publicación y entrada en vigor del Código civil implicó el inicio de algunas polémicas doctrinales. Por ejemplo, en los *Comentarios a la legislación hipotecaria de España*, de D. León Galindo y de Vera y D. Rafael de la Escosura Escosura, se discute sobre el artículo 37 de la L.H. de 1861 en relación al Código civil, entonces muy reciente.

El artículo 1.295 CC (especialmente su segundo párrafo), llevó a estos autores a cuestionarse si realmente el artículo 37 de la Ley Hipotecaria debía referirse a la segunda enajenación, o si convenía aclarar que tan sólo el primer adquirente a título gratuito está sometido a la presunción de fraude del artículo 1.297 CC, y no los subadquirentes. Llegan a esta última solución, que explican así: *"Ahora bien, no es exacto que sólo sea tercero el adquirente a virtud de una segunda enajenación, sino que también lo es el que adquiere en virtud de la primera, ya que el que entabla la acción Pauliana es el acreedor; como el art. 37 va aún más lejos que el Código, que sólo reputa fraudulento el contrato por el que el mismo deudor enajena sus bienes a título gratuito (art. 1.297), mientras que el 37 dirige la acción Pauliana contra todo adquirente por tal título, traiga o no causa directamente del deudor; como ese adquirente a título gratuito no está obligado a la acción Pauliana más que se le le probare su mala fe (art. 1.295 del Cód.) y como lo de la complicidad del tercero en el fraude es una verdadera redundancia después de dicho art. 1.295, sostenemos que después de la promulgación de éste, las acciones rescisorias no se dan contra tercero, tenga o no tenga inscrito su título, salvo el caso de que tal tercero hubiera procedido de mala fe, y huelgan los arts. 37 al 41 de la Ley Hipotecaria"* (GALINDO y ESCOSURA; *Comentarios a la legislación hipotecaria de España*, Madrid, 1899, págs. 413-414). Sin embargo, nos parece que el art. 1.295 no se refiere sino con dificultad a los supuestos de revocación por

García García, el encargo legalmente concedido al Gobierno era para que el nuevo texto recogiera las adaptaciones necesarias de la Ley Hipotecaria al Código civil¹². Así, la reforma conserva los artículos 36-38, con leves modificaciones¹³. A pesar de que el artículo 37 no se modificó en lo que afecta al fraude de acreedores, o precisamente por ello, el debate sobre el carácter del tercero no sólo siguió abierto sino que terminó por ser verdadero centro de la atención doctrinal (Morell y Terry, Campos Porrata, Villares Picó, Roca Sastre, Bellver

fraude (por ejemplo, porque sería imposible aplicar al supuesto del fraude el último inciso del primer párrafo), sino a los otros casos de rescisión señalados en el artículo 1.291 CC. Algo más adecuado es el art. 1.298 CC. Partiendo de aquella otra interpretación, Galindo y Escosura concluyen que el segundo adquirente (a título gratuito) está más protegido si no inscribe (en cuyo caso se aplicaría -dicen- el art. 1.295 CC), que si lo hace (art. 37 L.H.). Cuando Galindo y Escosura publicaban la obra citada, el Senado había aprobado un Proyecto de Ley Hipotecaria, para el que la Comisión del Congreso había formulado un Dictámen por el que se modificaba el texto del antiguo 37, que quedaba así:

Art.37.- No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, serán eficaces contra tercero: 1º Las acciones rescisorias y las que dimanen de condiciones resolutorias, siempre que deban su origen a causas que consten explícitamente en el Registro. 2º Las acciones rescisorias de enajenaciones hechas en fraude de acreedores en los casos siguientes: Cuando el tercero haya adquirido el inmueble o derecho, a virtud de título gratuito otorgado por el deudor. Cuando el tercero haya sido cómplice en el fraude. En ambos casos no perjudicará a tercero la acción rescisoria que no se hubiere entablado dentro de un año, contado desde la inscripción de la enajenación fraudulenta.

Efectivamente, la publicación del Código civil influye definitivamente en la redacción de la siguiente ley hipotecaria, en la materia regulada por los antiguos 36-41.

¹² GARCIA GARCIA; *Derecho inmobiliario registral o hipotecario*, II, Cívitas, 1993, pág. 493.

¹³ En cuanto a los artículos 36 a 38, quedan redactados prácticamente igual que antes. En los comentarios a la nueva ley hipotecaria se dirá: "Los artículos 36 al 38 de la ley anterior han sufrido modificaciones importantes en la nueva ley, para ponerla en relación con los preceptos del Código" (MORELL y TERRY; *Comentarios a la ley hipotecaria*, Madrid, 1917, pág. 671). ¿En qué consisten estas modificaciones?

El artículo 36 se redacta conforme al de la ley anterior (regla general de protección al tercero que inscribe, frente a las acciones rescisorias y resolutorias). El artículo 37 mantuvo la excepción al 36 relativa al fraude de acreedores, en los mismos términos. Las discusiones doctrinales no dieron lugar a la reforma de la redacción del precepto en este punto. Así, se declaran oponibles a terceros, a pesar de que medie inscripción, las acciones rescisorias de enajenaciones en fraude de acreedores, en los casos siguientes: "1º Cuando la segunda enajenación haya sido hecha por título gratuito. 2º Cuando el tercero haya sido cómplice en el fraude". Es el 38 el artículo que queda modificado, con la supresión de las causas 2ª, 6ª, y 7ª, esta última, referida a las enajenaciones fraudulentas, se suprimió por considerarse innecesario que constase como tal.

Cano)¹⁴. La nueva ley suprime los artículos 39-41 directamente relativos al fraude. Parece que una vez que el Código civil se ha ocupado de ello se hace innecesaria su regulación en una ley hipotecaria. Y así desaparece, con las demás, la disposición que se dedicaba a la

¹⁴ Por ejemplo, MORELL y TERRY (*Comentarios a la ley hipotecaria*, Madrid, 1917, pág. 687) afirman que *tercero* no se considera aquí al primer adquirente, "aún cuando -en su opinión- debiera merecer ese carácter". A este respecto dedica un apartado de su estudio de los artículos 36 a 38: "*Observaciones comparativas entre la doctrina del Código civil y de la ley Hipotecaria respecto a enajenaciones en fraude de acreedores. Verdadero tercero en los artículos 36 a 38*". Parte del mismo error que Galindo y Escosura (a los que, por cierto, cita en su exposición): la aplicación del artículo 1.295-II CC al fraude de acreedores, mientras que el precepto se refiere a los restantes supuestos de rescisión previstos en el 1.291 CC, como hemos visto antes.

Pero el momento álgido de la polémica llega en los años 1933-1935. El escenario es la Revista Crítica de Derecho Inmobiliario. En ella se publican una serie de artículos de réplica. Primero, CAMPOS PORRATA (*El art. 37 LH en relación con la acción pauliana*, R.C.D.I., IX, 1933, págs. 434 siguientes) critica un artículo anterior de Villares Picó y manifiesta -en sentido contrario a la opinión de este autor- que sólo el segundo o posterior adquirente queda beneficiado por la protección registral. En defensa de su tesis (tercero es tanto el primer adquirente como los siguientes), contesta VILLARES PICO con un nuevo artículo (*Sobre el art. 37 L.H. y la rescisión en fraude de acreedores*, R.C.D.I., IX, 1933, págs. 811 y siguientes) en que, partiendo de la existencia de una *responsabilidad pauliana*, de la afección del patrimonio del deudor al pago de la deuda, estima que el deudor transmite un derecho inscrito pero que en realidad no le correspondía, (...) que le hubiese afectado a responder de sus deudas, (...).(…), limitado o afectado el derecho del otorgante en virtud de causas que no figuran claramente del mismo Registro (págs. 818-819).

La cuestión queda zanjada con la intervención de Roca Sastre, que aporta argumentos irrefutables para combatir la idea de Galindo y Escosura, y de Morell, sobre que el tercero que adquiere a título gratuito esté tratado más desfavorablemente por la L.H. que por el CC (ROCA SASTRE; *La acción pauliana y el artículo 37 LH*, R.C.D.I., XI, 1935; la crítica a la postura de Galindo y Escosura está en págs. 576 y siguientes). Explica también que la buena fe hipotecaria no es la misma que se exige en el artículo 37 (...) porque aquella implica desconocimiento de una inexactitud registral, o sea de una situación jurídica real, existente extrahipotecariamente (pág. 579). En cuanto al plazo, estima que es el de un año a partir de la primera enajenación (pág. 582).

También en 1935 se publicaba en la misma R.C.D.I. (XI), el trabajo de BELLVER CANO titulado *Valor hipotecario de la acción pauliana*, en que se define la acción pauliana como medio procesal (pág. 742) cuyo objeto sería la impugnación de todos los actos que producen disminución efectiva del patrimonio del deudor (págs. 742-743). Así, concluye que la acción Pauliana no es propiamente una acción rescisoria, sino una acción equivalente a una hipoteca legal, condicionada y subsidiaria (...) garantía de pleno derecho para los acreedores que carezcan de hipoteca especial o las fincas hipotecadas no les alcance (pág. 744). La idea de desviar la acción pauliana hacia una acción hipotecaria no tuvo repercusión en la doctrina, si bien recuerda por su intento de aproximación a un remedio procesal a la revocatoria tal y como se concibe en los sistemas germano y suizo.

hipoteca consituida en fraude de acreedores (el antiguo 40 de la ley).

Todo lo que en la actual ley hipotecaria (1944-1946) se refiere directamente al fraude de acreedores está recogido en el art. 37 I y II-4º LH. Este artículo 37 LH es el resultado de la reunión de anteriores preceptos, como señala Roca Sastre, quien defiende que podría incluso prescindirse de este precepto, por ser el artículo 34 LH suficiente para el control de los efectos de ineficacia de la protección registral frente al ejercicio de la acción revocatoria por parte de los acreedores¹⁵. También se muestra partidario de la supresión del

¹⁵ En el trabajo de ROCA SASTRE y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, *Efectos de la inscripción respecto de los actos y contratos nulos; (Las acciones rescisoria y resolutoria en el Registro; Efectos hipotecarios de la acción pauliana)* (en *Derecho Hipotecario*, I, 7ª edición, Ed. Bosch, Capítulo IV, págs. 828 y siguientes), se recoge una exposición brillante sobre la acción pauliana y la normativa hipotecaria. Seguimos aquí la línea argumental del autor. En opinión de Roca Sastre, el artículo 37 desarrolla al 34 de la LH, lo que es perfectamente admisible, porque -además- el 34 sólo protege a los adquirentes de buena fe y a título oneroso, al igual que el artículo 37 (que exceptúa de la protección registral a efectos de la acción pauliana a quienes adquirieran de mala fe o a título gratuito).

Partiendo de la base de que el estudio de la acción pauliana compete al Derecho civil y, en cierta medida, también al Derecho concursal, afirma que *en cuanto al Derecho inmobiliario registral, la acción Pauliana solamente interesa respecto de sus repercusiones en relación a terceros adquirentes, esto es, a los subadquirentes que inscriban sus títulos en el Registro de la propiedad* (pág. 860). Después de recordar los efectos civiles de la pauliana respecto a los subadquirentes, repite que son éstos los que interesan al Derecho inmobiliario registral: *"Al art. 34 de la ley Hipotecaria y sus concordantes le preocupan los subadquirentes, y los subadquirentes que no sean cómplices en el fraude, (...). (...). El presupuesto de la actuación del art. 34, así como del 37 de la ley Hipotecaria, tanto en su redacción actual como en la anterior, es la existencia de una segunda enajenación"* (págs. 882-883). Y añade que el artículo 37 traslada a los efectos registrales que pueda producir la acción pauliana la regla del art. 34: *"Por eso, el art. 37 de la ley de 1909 hablaba con perfecto tecnicismo de una "segunda enajenación", o sea, de una enajenación que no fue la primera, (...) pues estaba tarada de fraudulencia y ante ello la ley hipotecaria no tenía por qué intervenir; (...). / La ley Hipotecaria actual, aunque prescinda en el art. 37 de emplear el concepto de segunda enajenación, mantiene y aplica en todo caso el concepto de tercer adquirente, con lo que viene a demostrar que no se refiere a cualquier adquirente, es decir, no alude al que haya adquirido directamente del deudor fraudulento, sino al tercero que adquiera, o sea, al subadquirente o subadquirentes posteriores. (...). Por tanto, la ley Hipotecaria (...) se desentiende de toda protección respecto de aquel primer adquirente que fue parte en el acto adquisitivo en el cual se produjo el vicio, defecto o circunstancia que puede dar origen a una nulidad, rescisión, revocación, etc."* (págs. 883-886). La redacción del actual artículo 37-II-4º LH, se introdujo por la Reforma de 1944, y se mantiene así hasta hoy. Roca Sastre denuncia la falta de utilidad del precepto, puesto que existe el artículo 34 LH; propone su supresión o, subsidiariamente, su sustitución por otro más sencillo.

artículo González Palomino¹⁶.

A juicio de García García, son distintos los efectos de la acción revocatoria por fraude para el tercero civil que para el hipotecario, ya que sólo éste queda siempre a salvo de los efectos rescisorios, *conforme al artículo 34 de la Ley Hipotecaria*¹⁷. En nuestra opinión esta conclusión es errónea y lo es porque parte de presupuestos equivocados. En primer lugar, porque la doctrina suele coincidir al afirmar que la segunda enajenación debe impugnarse también si quiere el acreedor que alcancen a ella los efectos revocatorios (por ejemplo, porque el primer adquirente es insolvente), y no que los efectos revocatorios de la primera transmisión sean reales y *erga omnes* y alcancen al subadquirente¹⁸. En segundo lugar, porque aunque no haya inscrito, si el subadquirente es de buena fe y a título oneroso queda protegido. Será el primer adquirente (de mala fe o a título gratuito) quien deba restituir por medio de la correspondiente indemnización (si es de mala fe, art. 1.298 CC, *a contrario*)¹⁹ o en la medida del enriquecimiento (si es adquirente a título gratuito, como vimos al tratar la donación).

Hasta aquí lo relativo a la ley hipotecaria y la normativa sobre el fraude de acreedores. En cuanto a la hipoteca en sí, hoy en día tan sólo una norma se dedica a la hipoteca constituida en estado de insolvencia. Se trata del art. 880-4º del Código de comercio, que prevé la revocación de la hipoteca en la quiebra, en determinadas circunstancias²⁰. Norma cuya aplicación a supuestos particulares podría quedar amortiguada

¹⁶ GONZÁLEZ PALOMINO; *La acción pauliana y el Registro de la propiedad*, Estudios jurídicos de arte menor, págs. 361-366.

¹⁷ GARCÍA GARCÍA; *Derecho inmobiliario registral o hipotecario*, II, Cívitas, 1993, págs. 488-517, pág. 495, págs. 503, 505-506.

¹⁸ Por ejemplo, LALAGUNA (*La acción revocatoria y la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, R.G.D., 1993 / marzo, nº 582, págs. 1259-1278, pág. 1261) cita a Lacruz y dice que así lo entiende comúnmente la doctrina.

¹⁹ Por ejemplo, LACRUZ y otros; *Elementos...*, II-1º, Derecho de obligaciones, LB, 2ª ed., 1985, págs. 345-346.

²⁰ Este precepto recoge dos supuestos de constitución de hipoteca que se presumen fraudulentos *iuris et de iure* (BELTRAN, E.; *Hipoteca, ejecución separada y reintegración de la masa*, en Estudios jurídicos en homenaje al Profesor A. Menéndez, III, Cívitas, 1996, págs. 3479-3512, pág. 3504). Dice así: "*Se reputarán fraudulentos y serán ineficaces respecto a los acreedores del quebrado los contratos celebrados por éste en los treinta días*."

a raíz de la entrada en vigor de la Ley del Mercado Hipotecario²¹, que evita que los efectos de la retroacción de la quiebra alcancen a determinadas hipotecas²² y que ha llevado a la

precedentes a su quiebra, si pertenecen a alguna de las clases siguientes: (...); 4ª Hipotecas convencionales sobre obligaciones de fecha anterior que no tuvieran esa calidad, o por préstamos de dinero o mercaderías cuya entrega no se verificase de presente al tiempo de otorgarse la obligación ante el Notario y testigos que intervinieran en ella." En el caso de superposición de hipoteca (a la que debe asimilarse la ampliación de hipoteca, según Beltrán, pág. 3503) es necesario, además, que se trate de una deuda no vencida. En efecto, -sigue diciendo Beltrán- la expresión "calidad" de la obligación que se garantiza sólo puede hacer referencia a la circunstancia de que la obligación no esté vencida a la que alude el número 3º, y, además, -y ahora cita jurisprudencia del Tribunal Supremo y a Garrigues- no es razonable suponer... que quien está autorizado para conceder o traspasar bienes inmuebles, para pago de obligaciones vencidas..., no pueda asegurar el cumplimiento con garantía real, mediante la constitución de una hipoteca voluntaria de las que tengan la misma calidad. A juicio de Beltrán, se trata de una verdadera acción rescisoria por fraude de acreedores (pág. 3503).

²¹ El artículo 10 de la Ley de regulación del mercado hipotecario (Ley 2/1981, de 25 de marzo; desarrollado en el art. 25.5 de su Reglamento) viene a moderar la dureza del art. 878-II CCo en determinados supuestos: *"Las hipotecas inscritas a favor de las Entidades a que se refiere el artículo segundo sólo podrán ser impugnadas al amparo del párrafo segundo del artículo ochocientos setenta y ocho del Código de Comercio, mediante acción ejercitada por los Síndicos de la quiebra, en la que se demuestre la existencia de fraude en la constitución de gravamen, y quedando en todo caso a salvo el tercero que no hubiera sido cómplice de aquél"*. Se trata de hipotecas inmobiliarias (art. 4 de la L.M.H.).

El artículo segundo de la Ley 2/1981 y el art. 2 de su Reglamento (modificado por el R.D. 1.289/1991, de 2 de agosto) se refieren como sujetos de la legislación del mercado hipotecario a *aquellas entidades que pueden participar en el mercado hipotecario. Se concretan en las siguientes: a) El Banco Hipotecario de España y las restantes entidades de crédito de capital público estatal; b) Los bancos privados; c) Las Cajas de ahorros y la confederación Española de Cajas de Ahorro; d) La Caja Postal de Ahorros; e) Las entidades de financiación reguladas por el Real Decreto 896/1977, de 28 de marzo; f) Las entidades cooperativas de crédito; y, g) Las sociedades de crédito hipotecario a que se refiere el citado Real Decreto 1.289/1991, que tendrán por objeto único la realización de las operaciones activas y pasivas reguladas en la legislación del mercado hipotecario (SASTRE PAPIOL, S.; Aspectos de Derecho concursal y seguridad del crédito territorial (La retroacción de la quiebra y sus efectos sobre las hipotecas), R.G.D., 1993, nº 588, págs. 8691-8730, pág. 8717).*

²² Al comentar el art. 10 de la Ley del mercado hipotecario se ha hecho notar que si subsumimos la concepción amplia de las hipotecas sujetas a la Ley especial del Mercado Hipotecario en su protección particular obtendremos que la mayoría de las hipotecas constituidas en la actualidad (que lo son a favor de las entidades descritas en el artículo 2 del Reglamento del Mercado Hipotecario) quedarían protegidas frente a la quiebra de los prestatarios, resultando prácticamente inoperante en este importante campo el periodo de retroacción de dicha quiebra (M.I. HUERTA y D. RODRIGUEZ; La retroacción de la

doctrina a cuestionar si en esos casos tiene aplicación el art. 880-4º CCo. No queda claro si al ejercitar la acción de impugnación de la hipoteca inscrita a favor de las Entidades con posibilidad de participación en el mercado hipotecario, podrán los síndicos recurrir a la presunción de fraude, en su caso, del art. 880-4º CCo. Sobre esta cuestión, E. Beltrán opina que *cabe afirmar, incluso, que no son aplicables a estas hipotecas las acciones rescisorias contenidas en los artículos 880.4, 881.5 y 882 del Código de Comercio, ni la acción revocatoria general, pues no parece lógico -dice- pensar que resulte más fácil rescindir una hipoteca constituida antes de la fecha de retroacción que una constituida con posterioridad*²³. Es condición para la protección de estas hipotecas que no se haya probado la existencia de fraude en la constitución de gravamen. La prueba del fraude en la constitución de hipoteca requiere la previa definición de lo que se entiende por hipoteca fraudulenta. Esta tarea de delimitación es la que nos ocupa ahora. No obstante, ¿cuál es la noción de fraude en la regulación del mercado hipotecario? Sastre Papiol aproxima el

quiebra: estados doctrinal y jurisprudencial actuales y perspectivas de evolución futura de la interpretación de la legislación vigente, A.D.C., 1995-IV, págs. 1529-1632, págs. 1622-1623). Estos autores señalan que la hipoteca constituida en favor de una de estas entidades no es nula aunque caiga bajo el periodo de retroacción de la quiebra, sino que deberá ser impugnada y probarse el fraude para su revocación (págs. 1626-1627), lo que lleva a Massaguer Fuentes -que pretende extender este criterio a todos los actos realizados por el quebrado dentro del periodo de retroacción- a configurar la acción de retroacción como acción de rescisión por fraude de acreedores (pág. 1628). Esta propuesta sintoniza con la S.T.S. 20 septiembre 1993, pero la esperanza en una posterior evolución de la Jurisprudencia -continúan Huerta y Rodríguez- se ha venido, en parte, abajo con la posterior Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de noviembre de 1993, la cual, (...) ha hecho caso omiso de la invocación del artículo 10 de la Ley del Mercado Hipotecario, que se hizo por el recurrente para fundamentar una interpretación más avanzada de la retroacción hacia su configuración como rescisión por fraude (...), para volver a reiterar (...) la aplicación de la doctrina jurisprudencial de la retroacción como nulidad absoluta y radical (págs. 1630-1631; hay que tener en cuenta que se trataba de reintegrar en la masa un pago, no una hipoteca). A juicio de estos autores, deberá exigirse prueba del fraude para que la retroacción afecte a actos de disposición de trascendencia registral, mientras que se seguirá aplicando la doctrina jurisprudencial reiterada y constante de la retroacción como nulidad absoluta y radical, o, en su caso, matizada con la introducción del requisito del perjuicio para la masa de acreedores (pág. 1631). En cuanto a la inaplicabilidad retroactiva del art. 10 de la ley 2/1981 sobre regulación del mercado hipotecario, se ha pronunciado el Tribunal Supremo en la sentencia de 12 de diciembre de 1995 (Aranzadi nº 9606).

²³ BELTRAN; *Hipoteca, ejecución separada y reintegración de la masa*, en los Estudios jurídicos en homenaje al Profesor A. Menéndez, III, Cívitas, 1996, pág. 3506.

concepto a la falta de la finalidad o requisitos exigidos por la L.M.H. Escribe que el tenor de la ley, que se refiere a la prueba de la "existencia del fraude en la constitución del gravamen", se aparta (...) de las clásicas expresiones concursales "en fraude de acreedores" (...), "si llegare a probarse cualquiera especie de suposición o simulación" (...) o la más genérica "en perjuicio de la masa" (...). (...) requiere una actividad de resultado, que puede tener sus manifestaciones más claras en la simulación o suposición de hipoteca, unas veces, o que el gravamen no se constituya para las finalidades previstas y con las condiciones exigidas por la legislación del mercado hipotecario, otras veces. En este último caso, nos hallaríamos ante una hipoteca que no gozaría de la especial protección prevista en los artículos 10 y 25 de la Ley y del Reglamento, respectivamente. Pero una vez constituida la hipoteca, con arreglo a las prescripciones que señala la legislación del mercado hipotecario, entendemos que no puede intentarse su impugnación porque pudiera perjudicar eventualmente la masa de los acreedores²⁴. Por su parte, Huerta y Rodríguez incluyen en esta noción de fraude en la constitución de hipoteca aquellos supuestos en los que la hipoteca se hubiera constituido para garantizar una deuda del luego quebrado con el acreedor hipotecario inferior a la que en realidad se hizo constar²⁵.

A la vista de todo ello y de las opiniones doctrinales, trataremos de detallar el posible régimen de la constitución de hipoteca en estado de insolvencia.

III. LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO

Aunque son varios los supuestos de impugnación de hipoteca por fraude de acreedores que han llegado a casación, el Tribunal Supremo no ha delineado una doctrina clara en esta materia. No podemos hablar de jurisprudencia. Entre las sentencias que hemos

²⁴ SASTRE PAPIOL; *Aspectos de Derecho concursal y seguridad del crédito territorial (La retroacción de la quiebra y sus efectos sobre las hipotecas)*, R.G.D., 1993, n° 588, págs. 8691-8730, págs. 8726-8727.

²⁵ HUERTA y RODRIGUEZ; *La retroacción...*, A.D.C., 1995-IV, pág. 1627.

estudiado²⁶, el Tribunal sólo es favorable a la revocación de la hipoteca en tres ocasiones y en cada una de ellas fundamenta la sentencia con distinto criterio²⁷, como vamos a ver. Destacaremos también algunas observaciones *obiter dicta* hechas ocasionalmente por el Tribunal, así como las alegaciones del letrado que llevó uno de los casos.

En primer lugar, nos referimos a la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de marzo de 1898²⁸. Se estimó la revocación de una escritura de reconocimiento de deuda y de la hipoteca que garantizaba el pago por haberse realizado en fraude de acreedores. La sentencia puede resultar curiosa porque se resuelve conforme a los preceptos de la ley hipotecaria de 1861²⁹. Aunque se estiman aplicables las presunciones de gratuidad y fraude previstas en esta ley, y con independencia de ello, los negocios impugnados son -a juicio del

²⁶ SS.T.S. de 30 de marzo de 1898; 14 de enero de 1935; 28 de enero de 1966; 13 de mayo de 1974; 28 de marzo de 1988; 27 de marzo de 1992; 27 de mayo de 1992.

²⁷ Nos referimos a las SS.T.S. de 30 de marzo de 1898; 14 de enero de 1935 y 28 de marzo de 1988.

²⁸ *Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de marzo de 1898.-*

Hechos.- Habiéndose iniciado el embargo de ciertos bienes, el demandante interpuso tercería de dominio de mejor derecho, alegando que el deudor embargado había otorgado escritura de reconocimiento de deuda con constitución de hipoteca en su favor. Se formula reconvencción.

Proceso.- La Audiencia declaró en sentencia confirmatoria la rescisión de la escritura de confesión de deuda y constitución de hipoteca. En casación no hubo lugar.

Fundamentos jurídicos de la S.T.S.- El Tribunal Supremo desestimó el recurso de casación atendiendo a dos argumentos: de un lado, en la sentencia de la Audiencia quedaba demostrado el acuerdo para otorgar la escritura con el ánimo de eludir el pago; de otro lado, la confesión de deuda se presume gratuita por aplicación del artículo 40 de la ley hipotecaria de 1861. Señala el Tribunal: *"la misma Sala lo estima también rescindible, según el art.37 de la Ley Hipotecaria, no tan sólo por ser E. cómplice en el fraude, sino por haberse celebrado a título gratuito, según el art.40, toda vez que consistiendo en la confesión de una deuda de 50.000 pesetas, que no da fe el Notario otorgante de su entrega, no se ha probado después su certeza, sin que sobre este fundamento del fallo se haya alegado motivo alguno de casación"*.

²⁹ Se estima aplicable una presunción de gratuidad prevista en el art. 40 de la Ley hipotecaria de 1861 para aquellos contratos en que no da fe el Notario de la entrega ni se prueba de otro modo que la hubiera: *"Se entenderá que no media precio ni su equivalente en los dichos contratos, cuando el escribano no dé fé de su entrega, o si, confesando los contrayentes haberse ésta verificado con anterioridad, no se justificare el hecho o se probare que debe ser comprendido en el caso tercero del presente artículo"* (el párrafo tercero se refiere a las adjudicaciones de bienes inmuebles en pago de deudas no vencidas).

Tribunal- fraudulentos por haberse probado el *ánimo de eludir el pago* de un crédito pendiente. Este criterio no puede orientar suficientemente nuestro estudio porque está referido en conjunto al negocio de reconocimiento de deuda e hipoteca, y no sólo a esta última.

Casi cuarenta años después, tras la reforma de la ley hipotecaria de 1909, que suprimía los artículos 39-41 de la anterior, el Tribunal Supremo dicta la sentencia de 14 de enero de 1935³⁰, interesante y discutida. Para fundamentar la aplicación del art. 1.297-I CC, los recurrentes se habían referido a dos aspectos: 1º Que se trata de una enajenación gratuita; 2º La impugnación es el único medio con que cuentan para hacer posible el cobro³¹. El

³⁰ *Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de enero de 1935.-*

Hechos.- Don Rafael solicitó varios préstamos de los demandantes, que le fueron concedidos consignándose en letras de cambio. El 3 de octubre de 1930, don Rafael otorgó escritura de reconocimiento de deuda en favor de sus hermanos, con la constitución de hipoteca sobre sus 29 fincas como garantía del pago. Inscrita la escritura en el Registro, dada la situación de crisis económica de don Rafael, sus acreedores solicitaron la ejecución de sus créditos, declarándose a don Rafael en concurso de acreedores el 30 de octubre de 1930. El 24 de noviembre de 1930, los acreedores interpusieron demanda contra don Rafael y sus hermanos, alegando que se había instruido causa criminal frente a don Rafael por delito de alzamiento de bienes, y que de entre los actos de alzamiento el mayor había sido el reconocimiento de deuda en favor de sus hermanos con la constitución de la hipoteca. Los acreedores-demandantes solicitaban la declaración de nulidad de dicha escritura por ser simulada o, subsidiariamente, la rescisión de dichos contratos por ser en fraude de acreedores, ya que les impedía hacer efectivo el cobro de sus créditos, todos ellos de fecha anterior a la escritura. Los codemandados contestaron a la demanda defendiendo la realidad de los préstamos y del contrato de constitución de hipoteca. La sindicatura interpuso nueva demanda que se acumuló a la anterior.

Proceso.- En Primera Instancia se absolvió a los demandados, confirmando la sentencia la Audiencia. En casación ha lugar, declarándose la rescisión del *contrato de hipoteca como originado y extendido "ex lucrativa causa"*.

Fundamentos jurídicos de la S.T.S.- Se desestima la petición del recurrente relativa a la declaración de nulidad de los contratos, pero se estima la relativa a la revocación de la hipoteca por fraude de acreedores. El Tribunal estimó probada la existencia de fraude (1º el deudor se encontraba en una difícil situación económica y esto era conocido por sus hermanos *puesto que intervenían con él en la negociación de letras para conseguir dinero*; 2º a los pocos días de la constitución de la hipoteca se declara el concurso de acreedores, lo que demuestra que en esa fecha era ya pública la situación del deudor; 3º además se estima el propósito fraudulento del deudor, que fue condenado por delito de alzamiento de bienes). Pero además de estimar probado el *consilium fraudis*, podía presumirse éste, según se dice en la sentencia, por aplicación del art. 1.297-I CC.

³¹ 1º *"Se trata de una enajenación gratuita.- En efecto, la constitución de hipoteca ha sido mirada siempre como un acto de enajenación (...).(...), indudables caracteres de gratuidad. Porque los hipotecantes no dieron nada a cambio de garantizar sus créditos con*

Tribunal Supremo declara en la sentencia que la causa del contrato de hipoteca es independiente respecto de la causa de obligaciones anteriores garantizadas por ésta. A juicio del Tribunal la hipoteca puede tratarse como un contrato gratuito cuando no lleve consigo contraprestación. Puede aplicarse entonces la presunción de fraude del artículo 1.297-I del Código civil, que facilita el ejercicio de la acción revocatoria³². La sentencia ha sido criticada en este punto, en un intento de centrar el fraude no en la gratuidad sino en la alteración de la *par condicio creditorum* (Díez-Picazo³³).

hipoteca (...). (...) no es lo más grave la falta de su entrega, sino que los hipotecantes han mantenido como posición litigiosa la tesis de que efectivamente en el acto de otorgamiento de la escritura D. Alberto y D. José María no eran acreedores de su hermano, sino que se consideraban como fiadores (...). Por lo tanto, si en aquel instante no hubo entrega de metálico ni había crédito preexistente, ni se obligaron a pagar las deudas, el reconocimiento de la hipoteca fué un acto gratuito".

2º "Imposibilidad de que cobren los acreedores, si no se anula la escritura" (hecho probado).

³² El Tribunal Supremo estima que procede la aplicación de la presunción del artículo 1297-I CC: "Considerando que la causa de las obligaciones (...) no es la fuerza psicológica de los imponderables determinantes de un querer individual orientado a la consecución de cierto fin, sino el esquema de la relación establecida entre las partes (...); es decir, que la causa contractual reside, para algún autorizado sector de la técnica moderna, en el contenido económico-jurídico del negocio realizado, que en los de naturaleza abstracta, cual el de la hipoteca, actúa como una simplificación práctica de todos los elementos complejos creadores, para facilitar su inclusión bajo la forma concreta con que la norma legal los define, tomando así el puesto preeminente de causa única (...); en síntesis, que la estructura formal del negocio parece ser la causa de los abstractos:

"Considerando que, solemnizada la escritura de hipoteca bajo la forma legalmente preestablecida, preséntase la relación causal subyacente separada de la declaración de voluntad constitutiva del negocio jurídico abstracto, el cual queda en ocasiones como la presente, fuera del dominio de la causa imputable a los préstamos confesados, anteriores al otorgamiento de aquella, (...)".

Después de exponer los requisitos de la pauliana se declara procedente la revocación de la hipoteca todo ello a tenor de la presunción "iuris tantum" del artículo 1297, párrafo primero, del Código civil porque -señala el Tribunal- es evidente que dicho negocio jurídico, estudiado en su génesis y consumación, no constituye una garantía inmediata y verdadera de las supuestas obligaciones que pretende asegurar (...), sino el fraude pauliano imputable a dicho deudor, (...), los terceros favorecidos con la garantía hipotecaria, concedida graciosamente, actuaron "de lucro captando", ya que sus pretendidos créditos ganaron jerarquía al transformarse de ordinarios en privilegiados, sin contraprestación que beneficiase al deudor.

³³ Esta sentencia ha sido comentada por L. DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEON en los Estudios sobre la jurisprudencia civil (I, Tecnos, 1979, reimpresión de la 2ª edición, págs.

Por último, una sentencia relativamente actual vuelve a estimar la revocación de una hipoteca por haberse constituido en fraude de acreedores. Se trata de la S.T.S. de 28 de marzo de 1988³⁴. Contra lo dicho en su sentencia de 14 de enero de 1935, el Tribunal Supremo alega *obiter dicta* que *la gratuidad, en la garantía de deudas propias, en todo o en parte, es difícilmente concebible*. Con ello, el Tribunal se aparta de la posibilidad de aplicar la presunción del art. 1.297-I CC a los supuestos de constitución de garantías. Entonces, ¿en qué se fundamenta la revocación de la hipoteca por fraude? Es importante atender aquí a las palabras del Tribunal porque pueden ser un primer criterio para crear jurisprudencia. Se

460-463). Como la anterior sentencia que veíamos, junto a la hipoteca existen negocios de reconocimiento de deuda. En el caso que ahora contemplamos, el Profesor Díez-Picazo señala en primer lugar que no queda claro si los hermanos del deudor (en cuyo favor confesó éste las deudas) eran verdaderos acreedores o no. Suponiendo que lo fueran, sigue diciendo, *¿comete fraude el deudor que antepone o mejora a un acreedor respecto a otro? Y contesta: "En nuestro Derecho, la presunción de fraude alcanza a las "enajenaciones" (cfr. art. 1.297 del CC) y a los pagos en la limitada medida del artículo 1.292. La constitución de garantía en favor de un acreedor puede ser impugnada por medio de acciones revocatorias especiales en el caso de quiebra (cfr. art. 880, 4º, del CC). Ahora bien, ¿esta especialidad impone que la regla general es la contraria? La sentencia comentada no aborda el problema, en el cual, sin embargo, se encontraba toda la sustancia del caso. A mi juicio, el deudor que espontáneamente, en estado de insolvencia o en el tempus proximius decoctionis, afecta parte de sus bienes como garantía en favor de un acreedor altera la ley del dividendo y el principio de par conditio creditorum. En esta medida, su acto es fraudulento" (pág. 463).*

³⁴ Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de marzo de 1988.-

Hechos.- Don G. constituye hipoteca de máximo en favor de una entidad bancaria, en parte por créditos ya existentes, en parte por créditos futuros. Poco después, G. solicita el concurso voluntario. El síndico de la quiebra demanda la declaración de rescisión de la hipoteca por haberse constituido en fraude de acreedores, pues el Banco conocía al tiempo de constituirse la hipoteca la existencia de créditos frente a su deudor a punto de vencerse, así como la mala situación de las cuentas de éste.

Proceso.- En Primera Instancia se desestimó la pretensión de la sindicatura. La Audiencia revoca la sentencia y estima el ejercicio de la acción pauliana. El Tribunal Supremo considera que no ha lugar a la casación de la sentencia.

Fundamentos jurídicos de la S.T.S.- *"Se da lugar a la rescisión del acto de constitución de hipoteca en garantía de deudas propias, en todo o en parte, porque se trata de un contrato concertado para que uno de los acreedores prevaleciese sobre los demás, hasta el punto de privarles conscientemente de su posibilidad de cobro, de modo que, sin la hipoteca, todos hubiesen percibido lo que al rango y proporción de su crédito correspondía y con la hipoteca del único bien del deudor nada pueden percibir".*

estima (*ratio decidendi*) que la hipoteca constituida en garantía de créditos pasados y futuros³⁵ es rescindible porque se trata de un contrato concertado para que uno de los acreedores prevaleciese sobre los demás, hasta el punto de privarles conscientemente de su posibilidad de cobro. Pero también esta sentencia, que centra el fraude en la alteración consciente y voluntaria de la *par conditio creditorum*, ha sido fuertemente criticada.

Por ejemplo, Orduña Moreno lo hace en estos términos: *"Merece ser objeto de crítica la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de marzo de 1988, por la confusión que crea al declarar como principio vulnerado en un supuesto de rescisión el que le es propio a una situación de concurso de acreedores, es decir, la "par conditio creditorum", señalando erróneamente como finalidad de la acción pauliana: "el impedir la eficacia de actos que, conscientemente, buscan la desigualdad entre los acreedores y eludir lo dispuesto en el art. 1.911 y 1.913 del Código Civil"*³⁶.

En el mismo sentido, Capilla Roncero critica con acierto algunos aspectos de la sentencia: *"Ha de subrayarse (...) que propiamente la acción pauliana no tiende a asegurar el juego del principio de la par conditio creditorum, siendo, en consecuencia, desafortunada la afirmación (...) de que la acción revocatoria o pauliana "tiende a impedir la eficacia de actos que, conscientemente, buscan la desigualdad entre los acreedores y (a) eludir lo dispuesto en los artículos 1.911 y 1.913 del Código Civil"*³⁷.

Y también critica en este sentido la sentencia S. Llebaría Samper: *"La concreción del perjuicio en la lesión a la par conditio creditorum, tal y como fue entendida por la Audiencia y por el TS, escapa a la concepción del perjuicio pauliano de la revocatoria ordinaria (o civil). (...). El perjuicio en la revocatoria ordinaria se concreta en una lesión actual y consecuente del acto; y claro que resulta pensable que esta lesión atente contra la par conditio, pero en tal hipótesis se tratará de un acto realizado por el deudor en un estado*

³⁵ En cuanto a la hipoteca de máximo en garantía de obligaciones futuras, el Tribunal Supremo se ha pronunciado en contra de que pueda existir la hipoteca mientras no exista la deuda a la que ha de servir de garantía (S.T.S. de 17 de enero de 1994; Aranzadi nº 239).

³⁶ ORDUÑA MORENO; *La acción rescisoria por fraude de acreedores en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, 2ª ed., JB, 1992, pág. 145.

³⁷ CAPILLA RONCERO; *Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de marzo de 1988*, Cuadernos Cívitas de jurisprudencia civil, 16, enero/marzo 1988, nº 431, pág. 280.

declarado de insolvencia -¡y no antes!, imponiéndosele por ello un respeto a aquella par conditio-(...)". Todo ello le lleva a afirmar que en este caso se *aplica, a un contrato celebrado por un deudor civil, la normativa típica de la revocatoria concursal*³⁸.

Pocos años después, el Tribunal Supremo en sentencia de 27 de marzo de 1992³⁹ desestimaba un recurso y con ello el ejercicio de la acción pauliana, porque no se había probado la insolvencia ni la complicidad en el fraude. Se trataba nuevamente de un supuesto de impugnación de hipoteca por fraude de acreedores. En torno a la difícil cuestión de la constitución de hipoteca con posterioridad al nacimiento del crédito, el Tribunal daba su opinión en los siguientes términos: *"Si el exigir la constitución de una garantía hipotecaria para asegurar el cobro de un crédito antiguo, cuando el deudor tiene contraídas otras deudas posteriores, fuera por sí solo constitutivo de fraude, la mayoría de las operaciones bancarias podrían rescindirse"*. En la misma línea que la anterior sentencia de 28 de marzo de 1988, se pronuncia el Tribunal en contra de la aplicación de la presunción de fraude del art. 1.297-I CC en estos casos (es decir, en contra de lo que fue el fundamento del fallo de la sentencia de 14 de enero de 1935).

³⁸ LLEBARIA SAMPER; *Insolvencia civil, "par conditio creditorum" y rescisión de hipoteca. Comentario a la STS de 28 de marzo de 1988*, La Ley, 1989-3, págs. 921-934, pág. 932.

³⁹ *Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de marzo de 1992.-*

Hechos.- El "Banco de Castilla SA" concedió, previa comprobación de la existencia de bienes en el patrimonio de sus prestatarios, sendos créditos en favor de cada uno de los cónyuges del matrimonio B.-S. Con posterioridad a la obtención del crédito, el matrimonio constituyó hipoteca sobre algunos de sus inmuebles, para garantizar el pago de un crédito contraído con anterioridad, en favor de D^a Milagros, hermana de uno de los cónyuges. Llegado el vencimiento de la obligación, el matrimonio incumplió su obligación de pago, por lo que el Banco instó el procedimiento ejecutivo. Como consecuencia del ello pudo comprobarse la existencia de una hipoteca en favor de la "Caja Rural Provincial de Valladolid", así como de otra hipoteca en favor de D^a Milagros. El Banco impugna la constitución de esta última hipoteca.

Proceso.- El Tribunal "a quo" declaró la rescisión de la hipoteca por fraude de acreedores, dejando subsistente el préstamo. En casación ha lugar.

Fundamentos jurídicos de la S.T.S.- El Tribunal Supremo estimó el recurso en base a que no se dan los requisitos de subsidiariedad y "consilium fraudis" que exige el ejercicio de la acción pauliana. En cuanto a lo primero, porque no se ha probado que el Banco no pudiera hacer efectivo su crédito sobre otros bienes de los deudores; en cuanto a lo segundo, porque no se ha probado la complicidad en el fraude.

En otras dos ocasiones (sentencia de 28 de enero de 1966⁴⁰ y sentencia de 27 de mayo de 1992⁴¹) ha tenido oportunidad el Tribunal Supremo de pronunciarse en torno a la cuestión, pero no lo ha hecho. En el primer caso, se desestimó el recurso por falta de prueba del fraude y sin más argumentos (no eran necesarios por tratarse de una cuestión de hecho sobre la que se pronunció el tribunal "a quo" y en la que el Tribunal Supremo no tenía por qué entrar al no haberse impugnado debidamente); en el segundo caso, por el mismo motivo y, además, por no haberse agotado la vía de apremio.

⁴⁰ *Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de enero de 1966.-*

Hechos.- El demandante solicita se declare la existencia de un crédito a su favor (en virtud de unas letras de cambio aceptadas, avaladas y protestadas), así como la rescisión de hipotecas hechas después de aceptadas las letras de cambio y antes de su vencimiento, por ser hechas en fraude de acreedores, y las "pretendidas" ventas en virtud de las mismas (a "precio irrisorio"), así como una cesión de acciones hecha por los demandados a favor de "supuestos" acreedores. Solicita se declare que dada la insolvencia de su deudor, le deben pagar los otros que con él contrataron,...

Los demandados alegan que no existe tal crédito, de un lado, y que el único medio de evitar la quiebra de la sociedad había sido el de repartir entre sus acreedores, que son verdaderos, las acciones a modo de pago, por lo que no procede la rescisoria dado que no se trata de un fraude.

Proceso.- En Primera Instancia se desestima totalmente la demanda. En apelación, la Audiencia estima parcialmente el recurso, reconociendo el crédito a favor del demandante. En casación no hubo lugar.

Fundamentos jurídicos de la S.T.S.- Enumera los requisitos para el ejercicio de la acción pauliana y recuerda el carácter subsidiario de esta acción. Considera que no se han impugnado por el cauce adecuado las consideraciones de hecho aceptadas por el tribunal "a quo", tales como "no se aprecia el fraude denunciado", o "no se da complicidad en los terceros", y "queda excluido el fraude denunciado".

⁴¹ *Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de mayo de 1992.-*

Hechos.- El "Banco Intercontinental Español SA" demandó la rescisión de un contrato de compraventa otorgado por el matrimonio deudor F.-P. en favor de su hijo, así como de la hipoteca sobre el mismo a favor de su cuñada y hermana.

Proceso.- En Primera Instancia y en apelación se desestimó la demanda. En casación no ha lugar.

Fundamentos jurídicos de la S.T.S.- En casación, la desestimación del recurso se produce básicamente porque no se agotó la vía de apremio por la entidad demandante, por lo que no se ha demostrado de ningún modo que carece de otro medio para hacer efectivo su crédito ni la insolvencia del deudor. El Tribunal Supremo vuelve a recordar que las cuestiones relativas a la insolvencia y a la verificación del fraude son facultad de la Sala "a quo".

Lo mismo ocurrió en la sentencia de 13 de mayo de 1974⁴². Tampoco en esta ocasión se pronunció el Supremo porque se desestimó el recurso por otros motivos. Pero en esta sentencia sí nos detenemos brevemente, para señalar algunas de las alegaciones del letrado de la parte recurrente, Don Luís Díez-Picazo, que nos han parecido interesantes para debatir la cuestión que nos ocupa⁴³. Entre las alegaciones del letrado referentes al problema

⁴² *Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de mayo de 1974.-*

Hechos.- La entidad "Plata Trading Ltd." remitió, con fecha 15 de marzo de 1968, al Sr. Campos Simó cerca de siete millones de pesetas como pago de importaciones de verduras frescas. El pago se hizo a la entidad "Exporlesa", entidad de la que era presidente y socio mayoritario. Las verduras no se enviaron. De otra parte, debido a las deudas que tenía "Exporlesa" frente a diversos bancos, al ingresarse la cantidad en uno de ellos fue aplicada por éste al pago de las mismas. El Sr. Campos entregó a la entidad demandante documento de reconocimiento de deuda. Poco antes, los bancos también acreedores lograron del Sr. Campos e hijos el otorgamiento de escritura pública de hipoteca voluntaria de sus bienes (15 de julio de 1968).

Fallece el Sr. Campos en diciembre de 1969. En febrero se solicita la ejecución de hipoteca. La herencia, aceptada a beneficio de inventario, carece de bienes suficientes para el pago del crédito de "Plata Trading Ltd."

Se demanda la nulidad y rescisión del contrato de hipoteca por haberse constituido con posterioridad al nacimiento del crédito reclamado.

Proceso.- En Primera Instancia, se desestimó la demanda. La Audiencia confirmó la sentencia. En casación no ha lugar.

Fundamentos jurídicos de la S.T.S.- El Tribunal Supremo desestimó el recurso motivando la falta de legitimación activa del demandante, acreedor de la entidad "Expolesa" y no directamente del Sr. Campos. Estima el Tribunal que no procede la pauliana por ser el crédito posterior al acto impugnado.

⁴³ **Fundamentación del recurso.-** Estas son en síntesis, según nos parece, las alegaciones que hizo el letrado, Sr. D. Luís Díez-Picazo:

1. Que la S.T.S. de 14 de enero de 1935 estableció ya que la constitución de garantía en favor de un acreedor y en perjuicio de otro, aunque no sea en sentido estricto una enajenación, es desde luego un acto de disposición sometido al mismo régimen jurídico.

2. Que el crédito no nace por el documento que lo reconoce sino por la obligación de entrega de la mercancía, luego es anterior a la constitución de la hipoteca.

Que aunque fuera posterior, no es correcto el alcance absolutamente rígido y sin matices con que aplica la Audiencia el principio de la anterioridad del crédito.

3. "El fundamento de la acción pauliana, además de la protección de la garantía del crédito, es la sanción de un acto ilícito", por lo que tienen legitimación para ejercitarla todos los perjudicados por el mismo.

4. Actos Propios: la sentencia argumenta que es distinto que exista una deuda frente a "Expolesa" que frente al Sr. Campos, mientras que respecto a los Bancos acreedores no se tiene ningún inconveniente ni ningún reparo en admitir la existencia de una unidad real.

Doctrina del levantamiento del velo: abuso de derecho, fraude, resultado injusto.

5. "Cuando, sin causa onerosa, el deudor atribuye una garantía especial a alguno de

de la constitución de hipoteca en fraude de acreedores, encontramos que estima que en determinadas circunstancias la hipoteca puede alterar la *par conditio creditorum* y por este hecho ser lesiva de los restantes créditos. En concreto, dice, cuando se constituye en favor de antiguos acreedores sin obtener ninguna ventaja a cambio.

IV. DEL TRATAMIENTO DE LA HIPOTECA CONSTITUIDA EN ESTADO DE INSOLVENCIA. UNA PROPUESTA DE APLICACION DEL REGIMEN DE LOS PAGOS HECHOS EN ESTADO DE INSOLVENCIA

Como hemos visto, en cuestión de hipoteca constituida en estado de insolvencia, ni hay un régimen jurídico directamente aplicable (a excepción de la revocatoria de la quiebra del art. 880-4º CCo), ni contamos con jurisprudencia clara, ni existe una elaboración en torno a la que se aúne la doctrina. Sí se trata, no obstante, de un acto susceptible de impugnación pauliana (entre otros, García Amigo⁴⁴). ¿Por qué y cuándo es revocable la hipoteca?

sus antiguos acreedores, por este solo hecho perjudica a los demás, pues por este solo hecho altera la par conditio creditorum".

Nos interesa ahora especialmente este último punto relativo a la alteración del principio de igualdad de trato de los acreedores. Pero además no queremos dejar pasar otro aspecto interesante de la sentencia, si bien hemos de desviarnos un poco del tema de la hipoteca fraudulenta. Se trata del fraude que se opera a través de la creación de un patrimonio distinto del patrimonio del deudor. Este es el telón de fondo de este caso, y como se ve difícilmente puede solucionarse por medio de la acción revocatoria. Así, en los *Fundamentos del Derecho civil patrimonial* (II, Cívitas, Madrid, 1993, pág.733), L. DIEZ-PICAZO señala que *siempre restarán hipótesis en las cuales el deudor haya utilizado un mecanismo o un subterfugio para eludir su responsabilidad por deudas, que no encuentre una adecuada reacción a través del juego de las acciones revocatorias. Por ejemplo, constitución de una o varias personas jurídicas, a través de las cuales se excluye o se limita de mala fe la responsabilidad del deudor, formando los respectivos patrimonios de cada una de ellas compartimentos estancos cuando internamente ha existido una unidad.*

⁴⁴ GARCIA AMIGO (*Comentario del Código civil*, II, Ministerio de Justicia, 1993, art. 1.111, pág. 71) señala entre los actos sometidos a la revocatoria del 1.111, *la consolidación de una hipoteca de máximo, hecha en fraude de acreedores.*

IV.1. Las principales soluciones que se han dado. Son variadas las soluciones que se han dado al tratamiento de la hipoteca constituida en estado de insolvencia. Creemos que las principales son las siguientes:

1.1. Que puede aplicarse a veces la presunción de fraude del art. 1.297 I CC. En este sentido se pronunciaba, por ejemplo, Scaevola. Al comentar el art. 1.297-I CC señalaba que la ley hipotecaria (de 1861) es *el mejor comentario* del mismo. Se refería al artículo 40 de la ley hipotecaria entonces vigente, para afirmar que *se podrán revocar conforme al artículo 1.297-I CC las hipotecas voluntarias constituidas para la seguridad de deudas anteriormente contraídas con esta garantía y no vencidas, siempre que no se agraven por ella las condiciones de la obligación principal*⁴⁵. También Lohmann Luca de Tena cita entre los actos gratuitos a los que es aplicable el art. 1.297-I CC, *las garantías que se otorgan por deudas ajenas o propias (cuando respecto de estas propias su constitución no sea simultánea al crédito que garantizan)*⁴⁶. La hipoteca constituida por quien no estaba obligado a ello en favor de un acreedor antiguo tiene causa gratuita y puede revocarse cuando se realizó en estado de insolvencia⁴⁷.

*1.2. Que puede apreciarse la revocación de la hipoteca por lesión del principio de la par condicio creditorum*⁴⁸. Por ejemplo, la hipoteca constituida en estado de insolvencia en favor de un antiguo acreedor con el fin de mejorarle frente a los demás acreedores. El Profesor Díez-Picazo manifiesta su opinión en este sentido: *"Aunque el Código no las menciona y sólo aparecen al regular algunas acciones revocatorias especiales, que encuentran su aplicación en los casos de concurso y de quiebra, deben considerarse como actos fraudulentos los de constitución de garantías realizados por un deudor, en fraude de un acreedor que antes no las tuviera. No hay, por consiguiente, fraude por el hecho de contraer una obligación que se garantiza especialmente (p.ej., obtener un préstamo garantizándolo con hipoteca), pero*

⁴⁵ SCAEVOLA; *Código civil*, XX, Madrid, 1904, pág. 940.

⁴⁶ LOHMANN LUCA DE TENA; *Apuntes para una distinta aproximación a la acción pauliana*, R.G.L.J., 1984, pág. 494.

⁴⁷ Así, la S.T.S. de 14 de enero de 1935.

⁴⁸ En este sentido la S.T.S. de 28 de marzo de 1988.

*si existe fraude cuando el deudor constituye una garantía en favor de un crédito anteriormente existente, que no estaba favorecido con tales garantías si la constitución de la garantía se hace disponiendo de bienes del deudor. En este caso, que en la jerga mercantil se conoce con el sobrenombre de "superposición de garantías", existe una evidente e indebida modificación de la par conditio creditorum. La regla es especialmente necesaria en los casos en que la constitución de las garantías se realiza, encontrándose ya el deudor en estado de insolvencia o en lo que los clásicos llamaban el tempus proximum decoctionis*⁴⁹.

Siguiendo a L. Díez-Picazo, Beltrán considera que con carácter general, hay que señalar que, en efecto, entre los actos del deudor rescindibles por fraude de acreedores pueden incluirse "los actos de constitución de garantía realizados en favor de un acreedor que antes no la tuviera", ya que alteran la par conditio creditorum⁵⁰.

1.3. Que la hipoteca es fraudulenta cuando supone la *creación de un privilegio que persigue defraudar a otros acreedores*. Nos referimos en particular a la idea de Capilla Roncero: "En realidad, la acción pauliana permite atacar los actos de creación de privilegios, sólo en la medida en que mediante la creación de los mismos se persiga privar la garantía patrimonial suficiente a los restantes acreedores no privilegiados (o no en el mismo grado que el acreedor con el cual se confabula el deudor), pero no porque se atente contra el principio de igualdad de trato"⁵¹. No se trataría de un supuesto de objetivación del fraude pero se admite que exista *consilium fraudis* que haga revocable el acto.

IV.2. Proponemos tratar la hipoteca según el régimen que vimos para los pagos. A nuestro juicio es preferible esta solución, por las razones siguientes:

⁴⁹ DIEZ-PICAZO; *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, II, Cívitas, 1993, pág. 737.

⁵⁰ BELTRAN; *Hipoteca, ejecución separada y reintegración de la masa*, en Estudios jurídicos en homenaje al Profesor A. Menéndez, III, Cívitas, 1996, págs. 3479-3512, pág. 3502.

⁵¹ CAPILLA RONCERO; *Comentario a la sentencia de 28 de marzo de 1988*, en Cuadernos Cívitas de jurisprudencia civil, enero/marzo 88, 16, n° 431, pág. 278.

1ª En primer lugar descartamos las soluciones que se han dado para resolver la cuestión, que acabamos de enumerar:

a) En cuanto a la posible aplicación del art. 1.297-I CC, estimamos que tratándose de la hipoteca no es lo más apropiado hablar de *ausencia de contraprestación* ni de gratuidad⁵², sino de *ausencia de obligación de garantizar*. Esto por la propia naturaleza de la hipoteca, que no se constituye ni como una contraprestación, ni como una liberalidad, sino que se otorga como *garantía de una obligación*, anterior o simultánea. En este sentido se orientaba parte de la crítica del Profesor Díez-Picazo a la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de enero de 1935: "*La hipoteca no es nunca un negocio abstracto, porque se funda siempre en una causa debendi y se justifica por su función de garantía*"⁵³.

b) En lo relativo a la lesión del derecho de crédito por tratar de burlar la *par conditio creditorum* hay que decir que no es posible cometer tal lesión si no se ha declarado judicialmente la insolvencia (Capilla, Llebaría, Orduña)⁵⁴, como dijimos al tratar de los pagos, porque sólo entonces tiene aplicación aquel principio. Se exceptúa quizás de lo dicho el caso de las hipotecas del art. 880-4º CCo constituidas en los treinta días anteriores a la declaración de quiebra o a la fecha de la retroacción, que son revocables porque se extienden a ellas los efectos de la quiebra. Pero, como subraya Llebaría Samper, sería impropio extender *sin permiso de la legislación vigente* al ámbito civil el mecanismo propio de la revocatoria de la quiebra del art. 880-4º CCo. Y recuerda que *en el concurso civil no existe ese posible juego de la retroacción de la quiebra, que permitiría trasladar sus efectos -y,*

⁵² En contra de la idea de la gratuidad de la hipoteca como fundamento para aplicar la presunción de fraude del art. 1.297-I CC encontramos las sentencias del Tribunal Supremo de 28 de marzo de 1988 y de 27 de marzo de 1992.

⁵³ DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEON; en los *Estudios sobre la jurisprudencia civil*, I, Tecnos, 1979, reimpresión de la 2ª edición de 1973, págs. 460-463, pág. 463.

⁵⁴ En este sentido ya citamos los comentarios a la sentencia de 28 de marzo de 1988 de CAPILLA RONCERO (*Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia civil*, 16, enero/marzo 1988, nº 431, pág. 280); LLEBARIA SAMPER (*Insolvencia civil, "par conditio creditorum" y rescisión de hipoteca. Comentario a la STS de 28 de marzo de 1988*, La Ley, 1989-3, págs. 921-934, pág. 932); y de ORDUÑA MORENO (*La acción rescisoria por fraude de acreedores en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, 2ª ed., JB, 1992, pág. 145).

entre ellos, el respeto imperativo a la *par conditio* a un momento pretérito⁵⁵.

c) Tampoco la idea del *privilegio*⁵⁶ otorgado con el fin de mermar la garantía patrimonial de los restantes acreedores nos parece suficiente para determinar el tratamiento de la hipoteca constituida en estado de insolvencia. En nuestra opinión hay que estar a las circunstancias concretas del crédito que se va a garantizar y queda en un segundo plano la finalidad que se persiga con ello. Porque en ocasiones puede estar justificada la constitución de la hipoteca (por ejemplo, cuando se otorga en favor de un acreedor cuyo crédito es exigible) y no puede impugnarse aunque vaya acompañada de la intención de evitar que los restantes acreedores, menos diligentes, ejecuten sus créditos sobre ese bien.

2ª En segundo lugar, nos ha parecido que la hipoteca merece equipararse al pago porque el fraude de acreedores se plantea también aquí como conflicto de intereses entre los propios acreedores del deudor insolvente. No se trata de conflictos entre el acreedor y un tercero, a los que aplicamos las presunciones de fraude del art. 1.297 CC. Se trata de conflictos entre acreedores⁵⁷ para los que rige la regla del art. 1.292 CC. En este sentido, Moreno Quesada incluye entre los actos a los que puede aplicarse el precepto legal a aquellos

⁵⁵ LLEBARIA SAMPER; *Insolvencia civil, "par conditio creditorum" y rescisión de hipoteca. Comentario a la STS de 28 de marzo de 1988*, La Ley, 1989-3, págs. 921-934, especialmente págs. 932-934, pág. 933.

⁵⁶ Se toma una noción amplia del término "privilegio". En sentido estricto, el privilegio hace referencia a la *facultad de cobro preferente que algunos acreedores poseen*. (...) significa una *excepción o derogación (...) a una norma general; la igualdad de todos los acreedores para el cobro de sus derechos* (GULLON BALLESTEROS; *El crédito privilegiado en el Código civil*, A.D.C., 1958, págs. 435 y siguientes, pág. 436). A diferencia del privilegio, que sólo nace de la ley, la hipoteca y la prenda confieren al acreedor una preferencia que nace exclusivamente de las voluntades del deudor y del acreedor; y, de otro lado, no se caracteriza tanto por ser una excepción al principio de la *par conditio* que opera en el concurso o en la quiebra como por ser la preferencia para el cobro sobre un bien determinado que permite la ejecución del crédito en cualquier momento previo o posterior al concurso o quiebra.

⁵⁷ Esta solución de equiparar la hipoteca al pago conecta con la de quienes estiman revocable la hipoteca que altera la *par conditio creditorum*. Pero, como decíamos antes, descartamos esta idea cuando se trata de hipotecas constituidas en un estado de insolvencia no declarada porque el principio juega tan sólo en situación de concurso, quiebra o suspensión de pagos.

actos de constitución de garantías a favor de un acreedor que antes no las tuviera⁵⁸. Así parece que se entendió también en la ley hipotecaria de 1861⁵⁹.

Si el deudor no pudo haber sido compelido al pago ni a la constitución de hipoteca al tiempo de constituirla, ésta es revocable. Estimamos aplicable entonces el art. 1.292 CC *por analogía*. Por ejemplo, es revocable la hipoteca en garantía de un crédito antiguo no vencido, o si está pendiente de condición.

Pero si al tiempo de constituir la hipoteca pudo haber sido compelido el deudor a hacerlo o a pagar, entonces ésta no puede revocarse. En efecto, si la hipoteca garantiza obligaciones ya vencidas y exigibles no parece que pueda ser revocada por fraudulenta como no lo sería la venta del bien para efectuar con el precio el pago, ni el mismo pago. Si el pago no es revocable, cuánto menos lo será la hipoteca.

O si la hipoteca garantiza una obligación que nace simultáneamente a su constitución, no puede ser revocada si el deudor se vió obligado a constituirla por el mismo

⁵⁸ MORENO QUESADA; *Comentario del Código civil*, II, Ministerio de Justicia, art. 1.292, pág. 527.

⁵⁹ En el artículo 40-4º de la ley hipotecaria de 1861, ¿Por qué sólo se considera gratuita y revocable la hipoteca constituida en favor de deudas *no vencidas*? Este criterio parte, según parece, de equiparar la constitución de hipoteca al pago. En la explicación que hace del precepto, GOMEZ DE LA SERNA (*La Ley Hipotecaria...*, pág. 683) alude a los principios que provienen del Derecho romano y que se refieren al pago: el Derecho romano justifica que no venga el acreedor que así consiguió que se le pagase la deuda a traer lo percibido a la masa para todos los acreedores que se hallaban en idénticas circunstancias, que el derecho viene siempre en auxilio de los diligentes: *ius civile vigilantibus scriptum est dice una ley del Digesto (Ley 24, tít. VIII, lib. XLII)*, y en otro lugar *sibi enim vigilavit (§ de la ley 6ª, tít. VIII, lib. XLII)*. Es más, *el Derecho romano fue más adelante que lo que dice nuestra Ley, pues que según él eran irrevocables los pagos hechos a los acreedores por obligaciones no vencidas, debiéndose traer a la masa de los bienes del deudor la ventaja que reportó por la anticipación del pago*. Después expone Gómez de la Serna los precedentes de la norma, en la que el legislador optó por el criterio plasmado luego en el Código civil (art. 1.292), que a su vez fue el seguido en la práctica en Roma. La idea no deja de enlazarse con las nociones de gratuidad y onerosidad. ¿Por qué es revocable por fraudulenta la hipoteca constituida en favor de deuda no vencida? A raíz de las explicaciones de Gómez de la Serna, observamos que no se refiere a la estricta gratuidad sino, antes bien, a lo que puede calificarse de *no-onerosidad*. Al comentar la expresión del art. 40-4º LH /1861 ("*siempre que no se agraven por ella las condiciones de la obligación principal*"), dice el autor que si las agravasen se trataría ya de un acto oneroso. Y advierte que debe evitarse que se produzca un fraude, lo que podrá valorarse si la hipoteca es *desproporcionada* en razón de las condiciones.

negocio (por ejemplo, en el préstamo hipotecario). Esto, aunque la obligación garantizada no haya vencido, porque la hipoteca se constituye simultáneamente al nacimiento de la misma. En este caso, no es revocable si la constitución de hipoteca ha sido exigida por el acreedor como parte del negocio.

En todo caso, podría ser revocable en la medida en que el valor del bien hipotecado exceda de la cuantía del crédito (en su caso, habrá que tener en cuenta el devengo de intereses).

V. CONCLUSIONES

La ausencia de un régimen legal directamente aplicable al supuesto de hipoteca constituida en estado de insolvencia; la falta de jurisprudencia uniforme al respecto; la disparidad de criterios aportados por la doctrina; unido a la relativa frecuencia con que se dan estos casos nos ha llevado a estudiar cuál puede ser el régimen más apropiado para ellos.

Creemos que podría estudiarse el tratamiento de la hipoteca, en cada caso, a la luz del régimen aplicable al pago. La hipoteca sería revocable cuando ha sido constituida en estado de insolvencia por quien no podía ser compelido al pago (art. 1.292 CC) ni a la constitución de hipoteca (art. 1.292 CC por analogía). Son por tanto revocables las hipotecas constituidas en estado de insolvencia en garantía del cumplimiento de una obligación nacida con anterioridad y no vencida o no exigible.

EL NEGOCIO FIDUCIARIO Y EL FRAUDE DE ACREEDORES

- I. Introducción**
- II. El negocio fiduciario y la titularidad fiduciaria**
- III. La insolvencia del fiduciante. La insolvencia del fiduciario. Diversos conflictos de intereses**
 - III.1. Fiducia cum creditore**
 - III.2. Fiducia cum amico**
- IV. Conclusiones**

I. INTRODUCCION

Cuando el deudor, por los motivos que fueren, toma la decisión de poner uno de sus bienes a nombre de un tercero, amigo o acreedor suyo, por razón de la confianza en que éste, a su vez, se lo devolverá cuando tenga lugar determinado evento, corre libremente el riesgo que comporta el hecho de crear una situación de apariencia jurídica de la que pueden derivar perjuicios para él (por ejemplo, la pérdida definitiva de la propiedad de la cosa porque sea adquirida por un tercero de buena fe y a título oneroso). Del riesgo asumido por el fiduciante participan en cierto modo también sus acreedores cuando aquél es insolvente, ya que pueden ver mermado el patrimonio de su deudor y, consiguientemente, ver lesionados sus créditos en virtud de la protección a la apariencia creada. En ocasiones, puede ocurrir también que los intereses de los acreedores del fiduciante entren en conflicto con los intereses de los acreedores del fiduciario, cuando ambos -fiduciante y fiduciario- son insolventes. El estudio de la tutela del derecho de crédito en estos casos requiere una previa definición de la figura del negocio fiduciario, de acuerdo con nuestro ordenamiento jurídico.

II. EL NEGOCIO FIDUCIARIO Y LA TITULARIDAD FIDUCIARIA

El negocio fiduciario presenta hoy un perfil claramente configurado, después de que Federico de Castro¹ corrigiera la anterior doctrina², con la corroboración de la

¹ DE CASTRO; *El negocio jurídico*, 1971, Cívitas (reimpresión de 1991), págs. 379 y siguientes, (capítulo IV: *El negocio fiduciario*).

² Nos referimos a la teoría del doble efecto, que sería después corregida por De Castro. Una explicación de esta teoría es la que expone JORDANO BAREA en lo que podríamos llamar la primera etapa de su pensamiento sobre el negocio fiduciario (*El negocio fiduciario*, J.M^a. Bosch, Barcelona, 1959, pág. 195): "*La causa fiduciae informa el contenido del negocio fiduciario. Los efectos reales y los efectos obligatorios (obligación de retransmitir y de comportarse con arreglo al fin propuesto) tienen el mismo fundamento causal. La fides es el puente que une el lado real con el lado obligatorio, armonizándolos en lo posible dentro de la superior unidad del negocio. El negocio fiduciario es así un negocio real-obligatorio único*".

jurisprudencia y el asentimiento de autores³ que, en contra de lo que habían sostenido antes, supieron reconocer la validez y superioridad de la doctrina de aquél⁴. Como se dice, la cuestión no es baladí, sino que -por el contrario- la opción por una u otra teoría del negocio fiduciario determina la posible solución a los conflictos de intereses que se plantean en torno a esta figura. Abandonada la teoría del doble efecto (real y obligatorio) del negocio fiduciario, nuestro estudio sigue la línea trazada por la teoría realista de Federico de Castro.

La diferencia es notable. Si bien, según la teoría del doble efecto, la transmisión de la propiedad de fiduciante a fiduciario era plena; según la teoría realista, no hay transmisión de propiedad más que en apariencia, porque no puede haber transmisión real sin que medie causa válida y eficaz para la misma, y la causa sobre la que formalmente se

El negocio fiduciario no está regulado por norma legal; es creación de la doctrina y jurisprudencia, importado además de otros sistemas, alemán e italiano, principalmente. Esto dió lugar a una primera elaboración teórica en nuestro país que no partía de los principios básicos de nuestro ordenamiento, de corte causalista, ni contaba con la estructura de nuestro sistema de transmisión de la propiedad. Sirva como botón de muestra la explicación de la doctrina dominante al respecto, que hace HERNANDEZ GIL al comentar la S.T.S. de 10 de marzo de 1944 (R.G.L.J., 177, junio/1945, pág. 695): *"Esta dualidad de facetas es la que lleva a algún sector doctrinal a afirmar, aquilatando más su naturaleza jurídica, que es un contrato (o, en general, acto o negocio) complejo, esto es, integrado por dos contratos de índole y efectos diferentes: de un contrato real positivo (la transferencia de la propiedad o del crédito, que se realiza de modo perfecto e irrevocable), y de un contrato obligatorio negativo (la obligación del fiduciario de usar tan sólo en una cierta forma el derecho adquirido, para restituirlo después al transferente o a un tercero). Indudablemente, este criterio, acogido entre nosotros por el maestro Castán, ofrece un mayor rigor constructivo que el cifrado meramente en poner de relieve la disociación entre los efectos jurídicos queridos y los fines económicos propuestos"*.

³ Entre otros, VALLET DE GOYTISOLO (*Negocios en fraude de ley simulados, fiduciarios e indirectos*, R.J.N., 1995, nº 14, págs. 199-232, págs. 217-225).

⁴ En este sentido, son emotivas las palabras de JORDANO BAREA, en homenaje a Federico de Castro, (*Mandato para adquirir y titularidad fiduciaria*, A.D.C., 1983, IV, pág.1453): *"Se impone, (...), el total abandono de la teoría del doble efecto del negocio fiduciae causa, como contraria a los fundamentos mismos del sistema jurídico español, y la adopción de la teoría realista y más justa del negocio fiduciario propugnada por el Prof. Castro./ El principio de causalidad, propio de nuestro ordenamiento no permite una separación entre causa-función objetiva y "causa concreta" o propósito jurídicamente apreciable, significa un auténtico progreso en dirección a la justicia para resolver equitativamente los casos de la realidad, lleva a una adecuada concepción de la "circunstancia jurídica" y a una congruencia constante entre causa, propósito o intento y efecto jurídico. De otro modo, las partes quedarían en libertad para sustraerse a la regulación imperativa causal"*.

basar la transmisión es -en estos casos- simulada (por ejemplo, simulación de compraventa, o de donación, etc...)⁵.

En realidad, la función del negocio fiduciario es la de garantizar al acreedor el cobro de la deuda (*fiducia cum creditore*)⁶, o bien la de obtener el fiduciante un beneficio, para sí o para un tercero (*fiducia cum amico*). Pero no es suficiente la *causa fiduciae*, en uno y otro caso, para transmitir la propiedad: "Eliminada la compraventa como tal título transmisivo, por ser simulada e inexistente, queda como único título el disimulado de garantía o de mandato. La transmisión de la propiedad requiere un título o causa adecuada. El garantizar un cobro o el cumplir un encargo no son títulos que puedan justificar, respectivamente, una pérdida y una adquisición de propiedad, de modo pleno y definitivo"⁷. Por tanto, no hay verdadera transmisión de la propiedad, sino creación de una titularidad fiduciaria⁸ que no es titularidad dominical, pero que lleva consigo la apariencia jurídica de transmisión de la propiedad⁹.

En el caso de *fiducia cum creditore*, además, la titularidad fiduciaria tiene una

⁵ "Del estudio hecho de la teoría del doble efecto en el sistema jurídico español se obtiene como resultado la imposibilidad de aceptar dicha teoría. La función conformativa del negocio, que tiene la causa en nuestro Derecho, no permite que el fiduciario, como tal, adquiera la propiedad plena y definitiva de la cosa confiada" (DE CASTRO; *El negocio jurídico*, pág. 419).

⁶ "El porqué y para qué del negocio fiduciario será entonces proporcionar al prestamista una seguridad más de cobro. Esta será la causa de la *"fiducia cum creditore"*." (DE CASTRO; *El negocio jurídico*, 1971, Civitas (reimpr. 1991), pág. 408).

⁷ DE CASTRO; *El negocio jurídico*, pág. 409.

⁸ El concepto fue acuñado por Federico de Castro. Refiriéndose a la titularidad fiduciaria, afirma DE CASTRO (*El negocio jurídico*, págs. 423-424) "que, conforme al sistema jurídico español, ella no se puede basar en lo que aparece como negocio transmisor de la propiedad (la venta simulada), sino que descansa únicamente en el pacto fiduciario subyacente (mandato o garantía de préstamo disimulado). Con ello no se niega la posible trascendencia real de la titularidad fiduciaria (...)".

⁹ "Como en todo negocio simulado, los actos dispositivos que realice el fiduciario como titular dominical serán plenamente eficaces en favor del tercero de buena fe por título oneroso, en virtud de la responsabilidad del fiduciante al haber creado tal situación" (DE CASTRO; *El negocio jurídico*, pág. 424). Adviértase que, según De Castro, tan sólo el tercero de buena fe y a título oneroso merece protección frente a las reclamaciones del titular dominical (fiduciante) y, por tanto, de sus acreedores cuando se subroguen en su lugar.

trascendencia real específica, ya que se pretende que cumpla una función de garantía para el cobro del crédito¹⁰.

Siendo así, se entiende que la merma del patrimonio del fiduciante que en apariencia supone el negocio fiduciario podría suscitar a primera vista la idea de impugnación por fraude de acreedores. Y se entiende también que, sin embargo, la obligación asumida por el fiduciario de devolver la cosa impide que el ejercicio de la acción pueda basarse en la disminución efectiva del patrimonio del deudor, puesto que no la hubo, o en la lesión al derecho de crédito del acreedor, porque solamente existe un riesgo, y no una lesión *de facto*. ¿Cabe el ejercicio de la acción pauliana en impugnación del negocio fiduciario? ¿En qué condiciones? ¿Cómo podría resolverse el conflicto entre los intereses de los acreedores del fiduciante y los del fiduciario?

III. LA INSOLVENCIA DEL FIDUCIANTE. LA INSOLVENCIA DEL FIDUCIARIO. DIVERSOS CONFLICTOS DE INTERESES

La insolvencia del fiduciante, la del fiduciario, o la concurrencia de ambas, dan lugar a conflictos de intereses entre éstos y los acreedores afectados, que pasamos a analizar brevemente. Para ello, tomamos como punto de partida la distinta finalidad que persiguen la fiducia *cum creditore* y la fiducia *cum amico*, que -como ya hemos visto- da lugar a distintos efectos. Por esta razón, serán diferentes los criterios de solución en uno y otro caso.

¹⁰ En este sentido, Federico DE CASTRO (*El negocio jurídico*, pág. 424): "La entrega de la cosa al fiduciario con finalidad de garantía puede -aunque sea discutible- originar un privilegio real en favor de quien conjuntamente es acreedor y fiduciario".

III.1. Fiducia cum creditore

El pacto de *fiducia cum creditore* puede originar conflictos de intereses entre el acreedor fiduciario y los restantes acreedores del fiduciante.

En caso de *quiebra del fiduciante*, el acreedor fiduciario tiene un derecho de preferencia para el cobro de su crédito sobre el bien objeto de titularidad fiduciaria. La razón que lo justifica es la causa misma del negocio, su función de garantía para el cobro¹¹.

La función de garantía que cumple el negocio de *fiducia cum creditore*, supone para los acreedores del fiduciante la imposibilidad de hacer efectivo el cobro de sus créditos sobre el bien comprometido, a no ser que, subrogados en la posición del deudor, paguen al fiduciario el importe de su crédito. El negocio fiduciario supone, por tanto, la creación de un privilegio para el cobro en favor del acreedor fiduciario, que escapa al reparto basado en la *par condicio creditorum*.

En todo caso, se haya o no declarado la quiebra del fiduciante, el negocio de *fiducia cum creditore* da lugar -como veíamos antes- a una titularidad fiduciaria oponible *erga omnes* que impide a los acreedores del fiduciante acceder a ese bien. Siendo así, parece que nada obsta para que puedan ejercitar la acción pauliana frente a su deudor y al fiduciario, pero deberán probar la existencia del fraude. Creemos que los criterios de determinación del fraude, objetivado en ciertos casos, que proponíamos en el caso de constitución de hipoteca son trasladables a este otro supuesto de otorgamiento al acreedor de una garantía para el cobro de su crédito. Es decir, el negocio de *fiducia cum creditore* podrá revocarse cuando al tiempo de hacerlo y en las condiciones o circunstancias en que se hizo no pudo haber sido compelido el deudor a hacer el pago ni a otorgar la garantía fiduciaria (art. 1.292 CC por analogía).

¹¹ Así, por ejemplo, tomando el negocio de venta en garantía para explicar el problema de la causa y el negocio fiduciario, Federico DE CASTRO (*El negocio jurídico*, págs. 406-409) pregunta: "*¿Dónde se encuentra aquí la reciprocidad de prestaciones propia del contrato de causa onerosa? A la entrega de la cosa confiada no corresponde el precio, que aquí no existe*" (pág. 407). "*En la venta en garantía, por tanto, no parece posible encontrar una causa que merezca el calificativo de onerosa y que así justifique el paso pleno y definitivo de la propiedad del fiduciante al fiduciario. (...) Puede la compraventa encubrir otro negocio. Este negocio disimulado será el de garantía. Mas los negocios de garantía, no son negocios independientes (...). La venta en garantía corrientemente se usa para garantizar un préstamo*" (pág. 408).

Pero el negocio de fiducia *cum creditore* puede dar lugar también a conflictos de intereses entre los acreedores del fiduciante y los acreedores del fiduciario; o bien entre aquéllos y un tercero que adquiera del fiduciario de buena fe y a título oneroso. ¿Qué ocurre si quiebra el fiduciario? No en vano, se ha dicho que la materia de las quiebras "es una preciosa piedra de toque para calibrar la eficacia de las diversas fórmulas definidoras" de la relación entre fiduciante y fiduciario¹².

En un principio, a la luz de la teoría del doble efecto, la confusión ante el problema de la titularidad del bien en caso de insolvencia del fiduciario era grande¹³. Pero tras la doctrina de Federico De Castro, puede resolverse con relativa facilidad. Los acreedores del fiduciario pueden subrogarse en los derechos de éste frente al fiduciante (por ejemplo, a efectos de exigir la preferencia para el cobro sobre el bien objeto de titularidad fiduciaria, en la *fiducia cum creditore*). Sólo los terceros de buena fe que hayan adquirido a título oneroso del titular fiduciario son mantenidos en su adquisición en virtud de la protección que merece la confianza puesta en la apariencia creada.

¹² DE CASTRO; *El negocio...*, pág. 409. La cita es de Navarro Martorell, y De Castro añade que también Garrigues aprueba esta afirmación en su obra *Negocios fiduciarios*. Los autores que se han dedicado al estudio del negocio fiduciario siempre han prestado atención al supuesto de insolvencia del fiduciario. Los artículos 908 y 909 del Código de comercio han servido de palestra a las distintas posturas doctrinales.

¹³ Valga de prueba el siguiente texto de HERNANDEZ GIL (comentario a la S.T.S. 10 marzo 1944, en R.G.L.J., 177, junio/1945), en que el autor refleja la situación doctrinal previa a la doctrina de De Castro: "Por aplicación de esta regla resulta que, en el caso importante de la quiebra del fiduciario -(...)- el fiduciante no puede detraer de la masa de la misma los bienes objeto de transmisión fiduciaria. Sin embargo, en torno a algún ordenamiento jurídico extranjero se ha tratado de justificar la admisibilidad, a título de excepción, de una reivindicatio utilis en favor del fiduciante. Pérez González y Alguer, replanteando el problema en nuestro Derecho positivo, afirman que es difícil fundamentar la reivindicatio utilis, así como la tercería de dominio del fiduciante. A tal propósito, recuerdan lo dispuesto en el art. 908 del Código de Comercio: (...). Y comentan: "Si se tiene presente que la transmisión fiduciaria es un título legal e irrevocable, parece excluida la reivindicatio utilis del fiduciante. Pero de otro lado, tenemos que la masa queda sustituida, (...), en las obligaciones del quebrado anejas a esos bienes, obligaciones que son las propias de la fiducia (...)"

III.2. Fiducia cum amico

También el negocio de *fiducia cum amico* realizado en estado de *insolencia del fiduciante* puede aparecer, en principio, como canal fácil para evadir un bien del alcance de sus acreedores. En realidad no es así¹⁴. En este caso, la impugnación del negocio fiduciario por fraude será, generalmente, superflua.

En efecto, el titular dominical sigue siendo el fiduciante, y -de otro lado- no cumple el negocio la función de garantía propia de la *fiducia cum creditore*, por lo que lo más sencillo para los acreedores del fiduciante en caso de insolencia de éste será el ejercicio de la acción subrogatoria. Los acreedores pueden subrogarse en lugar de su deudor para exigir del fiduciario que ponga fin a la apariencia jurídica que se había creado con el negocio fiduciario (art. 1.111 CC). Sólo cuando en el negocio fiduciario se hubiere introducido alguna cláusula en virtud de la cual el fiduciario no estuviera obligado a hacer desaparecer -a instancia del fiduciante- la ficción jurídica creada hasta un momento posterior, pueden los acreedores impugnar el negocio fiduciario mediante el ejercicio de la acción pauliana, con la conveniente anotación preventiva de la demanda en el Registro, en su caso, a fin de evitar los efectos que pudieran surgir de una adquisición por tercero de buena fe y a título oneroso del titular registral (fiduciario). Esto, por cuanto esa cláusula supondría la renuncia a la facultad de revocar el mandato¹⁵ que con carácter general reconoce el Código civil (art. 1.733, en relación con los arts. 6.2 y 1.111 CC).

Puede ocurrir también que simplemente se haya dotado al fiduciario de la facultad de retener la titularidad fiduciaria del bien sin que medie más que la causa del mandato, y en perjuicio de acreedores. En este caso, no es necesario el ejercicio de la acción

¹⁴ Lo sería si siguiésemos la teoría del doble efecto, que admite la transmisión de una titularidad plena al fiduciario. Pero, como venimos repitiendo, De Castro probó la inadecuación de esta doctrina a nuestro ordenamiento jurídico, y su teoría realista ha sido confirmada por la jurisprudencia y doctrina posterior: no hay transmisión de la propiedad, sino creación de una titularidad fiduciaria, con fines de garantía o mandato, y con determinados efectos reales frente a terceros de buena fe y a título oneroso, en virtud de la protección a la apariencia creada.

¹⁵ Como hemos visto, De Castro explica que no hay verdadera titularidad dominical del fiduciario, sino una titularidad fiduciaria por causa del mandato (en la *fiducia cum amico*). Esto crea la apariencia de una transmisión de la propiedad, apariencia que puede destruirse por la revocación del mandato.

pauliana, pues el negocio de mandato es -como decimos- generalmente revocable (art. 1733 CC): El ejercicio de la acción subrogatoria para revocar el mandato parece la vía más adecuada para la defensa del interés de los acreedores (art. 1.111 CC).

¿Qué sucedería si el fiduciario es insolvente y declarado en quiebra? Ante la *quiebra del fiduciario*, el fiduciante puede pedir la separación del bien de la masa de la quiebra, como titular dominical del bien¹⁶. Aunque nuestro Código de comercio no se refiere al negocio fiduciario, sí deja claramente delineado el *ius separationis* del dueño de bienes que se encuentran en poder del quebrado¹⁷. Como dice el Profesor De Castro, "*Admitido el "ius separationis" en la quiebra por respeto al destino fiduciario, habrá lógicamente que aceptar la tercería del fiduciante, en caso de embargo de la cosa confiada en poder del fiduciario*"¹⁸. De igual modo, cuando concurren la insolvencia del fiduciante y del fiduciario, los acreedores del fiduciante pueden subrogarse en su lugar y ejercer, en su caso,

¹⁶ Así ha quedado ya consolidado en la doctrina. En este sentido, por ejemplo, se ha pronunciado JORDANO BAREA (*Mandato para adquirir y titularidad fiduciaria*, A.D.C., 1983, IV, pág. 1451): "*Por lo que se refiere al ius separationis del fiduciante en caso de quiebra del fiduciario, (...) hemos de reconocer hoy que el derecho de separación no es generalmente una pretensión personal de enriquecimiento injusto o sin causa, sino que se trata de una separatio ex iure dominii, trasunto de la reivindicabilidad del bien objeto de la detracción.*"

"El número 4º del artículo 909 C. de c. no puede ser ya un argumento contrario a esta última construcción, pues por comisión de compraventa el quebrado sólo tiene en su poder las mercaderías adquiridas en calidad de "propietario formal" con titularidad provisional y transitoria, siendo el comitente "legítimo dueño" o "propietario material", con titularidad plena y definitiva, según hemos comprobado de la mano de la jurisprudencia del Tribunal Supremo y de la doctrina del Prof. Castro."

¹⁷ DE CASTRO (*El negocio jurídico*, págs. 410-411) atribuye esa claridad de la naturaleza del derecho de separación del bien, tanto a la Exposición de Motivos del Código de comercio ("*(...) la masa o colectividad de acreedores viene a ocupar el lugar del deudor y en su consecuencia dispone que los derechos que a éste puedan corresponder en dichos bienes los debe retener aquélla, siempre que cumpla las obligaciones anejas a los mismos*"), como a los artículos 908 y 909 del mismo texto legal.

¹⁸ DE CASTRO; *El negocio jurídico*, págs. 413-414.

En el mismo sentido, JORDANO BAREA (*Mandato para adquirir y titularidad fiduciaria*, A.D.C., 1983, IV, pág. 1450): "*si la cosa adquirida y confiada sigue perteneciendo al mandante, éste podrá reivindicarla y, por tanto, oponerse a su embargo mediante tercería de dominio, así como ejercitar el derecho de separación de la misma ex iure dominii en caso de quiebra del mandatario*".

el *ius separationis*, exigiendo que se separe el bien de la masa de la quiebra del fiduciario¹⁹. Y parece que también, tanto en los procedimientos de ejecución colectiva como en los de ejecución individual, iniciados a instancia de los acreedores del fiduciario y en los que pudiera verse afectado el bien confiado a éste, los acreedores del fiduciante podrán interponer una tercería y reclamar el reconocimiento de la titularidad dominical de su deudor a fin de poder cobrar sus créditos.

Si la subasta del bien se hubiese llevado a cabo y, como consecuencia, no pudiesen ya los acreedores del fiduciante separar el bien por pertenecer a terceros de buena fe y a título oneroso, es dudoso que los acreedores del fiduciante tengan la posibilidad de ejercitar una acción de enriquecimiento sin causa frente al acreedor del fiduciario que promovió el embargo (por haber cobrado sus créditos gracias a la ejecución de un bien que no pertenecía a su acreedor) pues, en virtud de la protección que merece la confianza en la apariencia creada parece que el fiduciante -y, por tanto, sus acreedores- debe atenerse a los efectos jurídicos a que ha dado lugar con sus actos. Lo mismo en caso de procedimientos de ejecución colectiva.

IV. CONCLUSIONES

La impugnación del negocio fiduciario por fraude de acreedores recibe distinto tratamiento según se trate de *fiducia cum creditore* o de *fiducia cum amico*.

En el primer caso, los criterios para la determinación del fraude son los mismos que vimos para el supuesto de constitución de hipoteca en estado de insolvencia,

¹⁹ En este sentido se pronunciaba ya el Tribunal Supremo en la S.T.S. 10 marzo 1944. Y, al comentarla, explica HERNANDEZ GIL (R.G.L.J., 177, junio/1945, pág. 697): "La posición mantenida por el Tribunal Supremo nos parece digna de aplauso, (...). Admite que los acreedores de la quiebra, en cuanto sustituyen al quebrado, pueden ejercitar los derechos que se reservó el quebrado frente al que transmitió la cosa, a fines de garantía. Es decir, que a los acreedores de la quiebra, en sustitución del fiduciante y como subrogados suyos, les es dado beneficiarse de los efectos del contrato obligatorio. (...). La transmisión efectuada por él (fiduciante) es, para él mismo, revocable, y debe de serlo también para la masa de la quiebra (art. 908, arg. a contrario). (...). Las vías que se ofrecen son: o bien la anteriormente indicada, que viene a entrañar una ejecución del contrato; o bien, la dirigida a la impugnación de éste y consiguiente revocación, por fraude, al amparo del artículo 880 (y concordantes) del Código de Comercio."

trasladables a todos los negocios de constitución de garantía. Por tanto, el pacto de *fiducia cum creditore* realizado en estado de insolvencia será un negocio objetivamente fraudulento cuando el deudor no pudo haber sido compelido al pago ni al otorgamiento de la garantía o del privilegio (art. 1.292 CC por analogía).

La *fiducia cum amico* en perjuicio de acreedores puede ser en algún caso aislado un negocio objetivamente fraudulento (por ejemplo, porque se añada una cláusula que dificulte o retrase la posibilidad de exigir al fiduciario el cese de la titularidad fiduciaria). En ese caso es revocable el mandato porque la cláusula que lo impide supone la renuncia a la facultad general de revocar el mandato; arts. 1.733, 1.111 y 6.2 CC). Pero con frecuencia será suficiente la acción subrogatoria para solventar el crédito: los acreedores del fiduciante se subrogan en su lugar para reclamar la devolución del bien conforme al pacto de fiducia, o bien para el ejercicio de otras acciones (por ejemplo, para revocar el mandato) (art. 1.111 CC y art. 1.733 CC).

La impugnación del negocio fiduciario no tiene como finalidad la reintegración en el patrimonio del deudor de la titularidad dominical del bien, sino la *destrucción de la apariencia jurídica creada*, a fin de poder hacer efectivo el cobro de los créditos de los acreedores del fiduciante sobre el bien, y de evitar los efectos jurídicos de una posible adquisición a título oneroso y de buena fe por un tercero.

LA ALTERACION DE LA RELACION OBLIGATORIA Y EL FRAUDE DE ACREEDORES

I. Introducción

II. La expromisión

II.1. De la protección de los acreedores del acreedor

1.1. De la protección de los acreedores del acreedor lesionados por el cambio de patrimonio deudor

1.2. De la protección de los acreedores del acreedor lesionados por la extinción de las garantías de la obligación novada. El artículo 1.207 CC

II.2. De la protección de los acreedores del nuevo deudor

III. La asunción de deuda

III.1. De la protección del crédito de terceros en los casos de asunción de deuda. El artículo 1.206 CC

IV. La delegación

IV.1. Delegatio solvendi causa

IV.2. Delegatio credendi causa

IV.3. Delegatio donandi causa

V. El pago de deuda ajena

V.1. Si no hubo subrogación

V.2. El pago con subrogación

VI. La cesión de créditos

VI.1. La cesión de créditos a título oneroso (compraventa de créditos)

VI.2. La cesión de créditos a título gratuito

VII. La dación en pago

VIII. Conclusiones

I. INTRODUCCION

En la introducción a este trabajo proponíamos el siguiente supuesto, problemático en cuanto a su tratamiento: *Supongamos, decíamos, que D paga la deuda de un tercero voluntariamente, sin estar obligado a ello. En este caso, D tendría derecho a repetir por razón del pago (art. 1.158 CC), por lo que sus acreedores pueden subrogarse en su lugar para hacer efectivo el cobro de sus créditos (acción subrogatoria, art. 1.111 CC). Pero si el tercero es insolvente y los acreedores de D impugnaran el pago (acción revocatoria, art. 1.111 CC), ¿deberán probar el ánimo fraudulento que movió a D a realizar el pago y el conocimiento que el tercero tuvo del mismo? La exigencia de esta prueba del elemento subjetivo del fraude puede dificultar hasta tal punto el ejercicio de la acción que en la práctica la inutilice a efectos de la tutela del derecho de crédito. Es interesante determinar si en supuestos como este, por ejemplo, es posible manejar un concepto objetivo de fraude.*

Como se ve, la alteración de las obligaciones puede poner en peligro los créditos de terceros ajenos a la relación pero acreedores de uno de los sujetos de la misma o de un tercero que participa sobrevenidamente en ella. A su estudio dedicamos este capítulo. Las distintas especies negociales que se dirigen a introducir algún cambio en la relación obligatoria ya existente pueden, en general, subsumirse bajo los géneros de la novación o de la modificación de las obligaciones¹.

¹ Esta afirmación se hace en un sentido muy amplio. No siempre se tratará de novación o modificación en sentido estricto, y no siempre es unánime la doctrina sobre si lo son o no. Por ejemplo, mientras algunos autores y sentencias del Tribunal Supremo no temen calificar la dación en pago como modificación o como novación de la obligación, otros niegan que lo

Novación y modificación son accidentes provocados en la relación obligatoria y diferenciados por la doctrina² y jurisprudencia³, tras el inicial desconcierto que trajo consigo la regulación de esta materia en el Código civil (arts. 1.203-1.213). Así, la novación se define como el efecto jurídico (Sancho Rebullida⁴, Díez-Picazo⁵, Gete-Alonso⁶) que consiste en la extinción de una obligación existente y el nacimiento de otra nueva⁷, con la consiguiente pérdida de la antigüedad del crédito⁸ (en su caso, a efecto de los arts. 1.924-3º

sea, como veremos más adelante.

² Por todos, SANCHEZ REBULLIDA (*Comentario del Código civil*, II, Ministerio de Justicia, 1993, art. 1203, págs. 294-295): *"Modificar y extinguir (...) son términos incompatibles, por cuanto la modificación exige la subsistencia del quid modificado. (...) / Pues bien, a mi juicio la novación es siempre "extintiva", (...). Lo que sucede es que, en el Derecho moderno cabe (...) la modificación de la relación obligatoria (...) con rango sistemático equivalente a "extinción" y como aplicación del principio de libertad contractual (...)"*.

³ ALBACAR LOPEZ (*Código civil. Jurisprudencia y legislación*, 1993, pág. 1642) cita en este sentido la S.T.S. de 24 de junio de 1948: *"Las obligaciones contractuales son modificables por la voluntad de los contratantes que las concertaron, pero no todo cambio introducido en ellas constituye novación, porque, para el efecto extintivo de las primeramente contraídas se requiere, y así lo enseñan el preciso sentido de los artículos 1.203 y 1.204 y la constante doctrina declarada por la jurisprudencia, que la modificación sea sustancial, es decir, que se sustituya por otro uno de los sujetos o el objeto de la obligación, por lo que ésta no se extingue cuando se modifica tan sólo por adición a ella de otra posterior"*.

⁴ *"La novación, más que una institución material y positiva, más que un "acto", es un efecto jurídico regulado -en ocasiones determinado- por el Derecho positivo"* (SANCHEZ REBULLIDA; *La novación de las obligaciones*, Nauta, 1964, pág. 328; y en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, XVI-1º, 1980, pág. 509).

⁵ También DIEZ-PICAZO (*Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, II, Cívitas, 1993, 4ª ed., pág. 797) manifiesta su acuerdo con esta afirmación: *"Es exacta la observación de SANCHEZ REBULLIDA cuando dice que la novación, más que una institución autónoma, es un effectum iuris"*.

⁶ GETE-ALONSO; *Apuntes para una explicación de la modificación y novación de la relación obligatoria*, Homenaje al Prof. Juan Roca Juan, 1989, págs. 309-319, pág. 306.

⁷ *"La extinción de la primera obligación está subordinada al nacimiento de la segunda, pero no a su cumplimiento"* (AZURZA, J.P.; *Notas sobre novación*, R.D.P., 34, 1950-II, págs. 591-618, pág. 606, siguiendo a Planiol y Ripert).

⁸ Como señala ALVAREZ CAPEROCHIPI (*El artículo 1.207 del Código civil. Notas para un estudio de las relaciones accesorias en la novación*, R.C.D.I., 1973, pág. 1419), el

y 1.929-2ª CC) y extinción de las obligaciones accesorias (lo veremos más adelante al estudiar el artículo 1.207 CC⁹).

A diferencia de la novación, que debe ser expresamente consentida, la modificación de las obligaciones se presumirá en caso de duda¹⁰. El efecto jurídico que caracteriza a la modificación es la alteración de la obligación inicial, que no se extingue. No afecta, por tanto, ni a las obligaciones accesorias, ni -en su caso- al orden de prelación para el cobro. Suele denominarse a la primera *novación propia o extintiva*, y a la segunda, *novación impropia o modificativa* (Díez-Picazo¹¹, Sancho Rebullida¹², Cristóbal

rango y características de la obligación extinguida, (...) forma parte inseparable de la misma. Precisamente porque "forma parte inseparable" de la obligación principal, al extinguirse ésta, se pierde el rango. Esto es propio de toda novación: "la nova obligatio extintiva de una prior obligatio, no alcanza más antigüedad que la determinada por su nacimiento" (SANCHO REBULLIDA; Comentario del Código civil, II, Ministerio de Justicia, 1993, pág. 294).

⁹ En el apartado dedicado a la expromisión (II.1.-1.2.).

¹⁰ En este sentido, las sentencias del Tribunal Supremo de 28 de marzo de 1985; de 23 de mayo de 1980; de 15 de abril de 1982; de 26 de enero de 1988; de 31 de marzo de 1990; de 14 de noviembre de 1990; entre otras, citadas por ALBACAR LOPEZ (Código civil. *Jurisprudencia y Legislación*, Trivium, 1993, págs. 1643-1646).

¹¹ En este sentido, DIEZ-PICAZO (*Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, II, Civitas, 1993, 4ª ed., pág.800): "En líneas generales cabe admitir que en nuestro actual Derecho Positivo son posibles dos formas de novación, la llamada novación propia o extintiva y la llamada novación impropia o modificativa. El deslinde entre una y otra, como dicen CASTAN y los anotadores de ENNECCERUS, debe hacerse tomando en consideración la voluntad de las partes y la significación económica de la modificación que se introduzca en la obligación".

¹² También SANCHO REBULLIDA (*Comentario del Código civil*, II, Ministerio de Justicia, 1993, art. 1.203, págs. 295-296) confirma la distinción: "Sobre esta inseguridad (...), la doctrina construyó la categoría (...) "novación impropia o modificativa". Incluso, presumiéndola como efecto más débil que la novación propia o extintiva./ También la jurisprudencia. El TS ha seguido insistiendo en que el Derecho español admite y reconoce una novación propia o extintiva y otra impropia y modificativa, que no opera extintivamente, de modo que mientras el vínculo primitivo subsista, aunque modificado, habrá novación impropia (...). Y concluye, como los anteriores autores, que habrá que atender a cual sea la voluntad de las partes y el significado económico de la modificación de la obligación.

Montes¹³).

Novación y modificación tienen en común el requisito de la *preexistencia de una obligación*, como objeto sobre el que despliegan sus efectos, sea *extinguiéndola para sustituirla* por otra (novación), sea *manteniéndola pero transformando* su contenido (modificación)¹⁴. Como señala el Profesor Díez-Picazo, la diversidad de modalidades y de resultados que pueden provocar es amplísima¹⁵. Nos referiremos aquí a los actos y contratos más representativos que dan lugar a vicisitudes¹⁶ de la relación obligatoria.

II. LA EXPROMISION

Comencemos explicando el negocio de expromisión y su causa. El negocio de expromisión es un negocio que está contemplado en el Código civil aunque no se desarrolle

¹³ Las diferencias entre la novación y la modificación han sido estudiadas, entre otros, por A. CRISTOBAL MONTES (*La llamada novación modificativa en el Derecho Civil Español*, R.C.D.I., 1973, págs. 1167-1217).

¹⁴ HERNANDEZ-GIL (*El ámbito de la novación objetiva modificativa*, R.D.P., 1961, págs. 797-807, pág. 807) distingue entre novación extintiva y modificativa y lo que no lo es: Al tratar de la modificación de la obligación explica que *la coexistencia no se da de una manera total; (...). Si así ocurre, nos hallamos fuera de los dominios de la novación en cualquier significado. Habrá tan sólo dos obligaciones yuxtapuestas. La coexistencia se da entre el resto -no modificado ni extinguido- de la obligación anterior y la nueva. Y esta coexistencia es la que falta cuando la novación es extintiva.*

¹⁵ DIEZ-PICAZO (*Fundamentos...*, II, Cívitas, 1993, 4ª ed., págs. 794-795): "(...) las vicisitudes modificativas no se presentan con carácter homogéneo, sino con una notable variedad de especies y de subespecies".

¹⁶ Con la expresión *vicisitudes de la relación obligatoria* queremos referirnos tanto a los efectos de la modificación como a los efectos de la novación. DIEZ-PICAZO (*Fundamentos...*, II, Cívitas, 1993, 4ª ed., pág. 791) distingue dos acepciones de esta expresión: "En un sentido muy amplio, designa las diferentes fases de lo que podríamos llamar el ciclo vital por el que atraviesa o se desenvuelve la relación obligatoria. Cabe así distinguir tres tipos o momentos: la constitución, la modificación y la extinción. En un sentido más estricto, la idea de vicisitud trata de captar el fenómeno del cambio o de la alteración que en su devenir histórico puede sufrir una relación jurídica cualquiera y las consecuencias y efectos jurídicos que este cambio o alteración está llamado a producir".

su regulación¹⁷. En cierta medida es un negocio típico sin regulación concreta y ésta tendremos que extraerla del Derecho histórico, entre otros elementos.

Se plantea, entre otras, la cuestión sobre si es posible o no transmitir la deuda; si la transmisión pasiva de la deuda requiere siempre novación extintiva o si es posible también realizarlo por simple modificación de la obligación. En el Derecho romano, debido al carácter personal de la obligación y al rigor formal de las relaciones jurídicas, no se admitía la modificación de las obligaciones. Si quería lograrse el efecto de alterar el contenido de una obligación o una relación obligatoria, debía extinguirse ésta para dar origen a una nueva. En Roma la transformación de una obligación sólo es admitida por novación (vease Kaser¹⁸). Actualmente, la doctrina española relativa a esta materia está dividida. Como ha explicado el Profesor Díez-Picazo¹⁹, en nuestro país se mantuvieron durante la primera mitad del siglo dos posturas diferentes *en torno al problema de la llamada transmisión pasiva de la obligación*. De un lado, los partidarios del *dogma romanista de la "intransmisibilidad de las deudas"*; de otro, los partidarios de la transmisión pasiva de la obligación, opinión que, dice, *arranca de un trabajo de DE DIEGO de 1912, recibe el vigoroso apoyo en los Anotadores de ENNECERUS pasa por otro de A. COSSIO y por último plasma en la obra de CASTAN*.

Entre los partidarios de que la expromisión supone siempre novación destaca Sancho Rebullida²⁰. La expromisión (*expromissio*) supone siempre sustitución del deudor por un tercero (nuevo deudor) y, por tanto, implica siempre novación: la expromisión, sigue diciendo, *es otro camino abierto desde sus inicios (...) a la novación subjetiva por cambio de deudor. Consiste en el acuerdo entre el acreedor y el nuevo deudor, en cuya virtud se releva al antiguo de su obligación, quedando obligado el nuevo y sin que sea preciso el consentimiento -ni siquiera el conocimiento- del antiguo ya que, para él, el único efecto de la operación es su liberación*²¹.

¹⁷ A la expromisión alude el artículo 1.205 del Código civil: *"Se refiere este precepto a la novación que consiste en sustituir la persona del deudor (cfr. art. 1.203.2º); dentro de ella, alude -como posibilidad jurídica- a la "expromisión"* (SANCHO REBULLIDA, F.; *Comentario del Código civil*, II, Ministerio de Justicia, 1993, art. 1.205, pág. 301).

¹⁸ KASER; *Derecho romano privado*, versión directa de la 5ª edición alemana por J. Santa Cruz, Reus, 1968, § 54.

¹⁹ DIEZ-PICAZO; *Fundamentos...*, II, 4ª ed., Cívitas, 1993, págs. 841-842.

²⁰ SANCHO REBULLIDA (*La novación de las obligaciones*, Nauta, 1964, pág. 160): *"sólo la novación subjetiva por cambio de deudor conserva en el Código la significación romana de medio extintivo"*.

²¹ SANCHO REBULLIDA; *La novación de las obligaciones*, Nauta, 1964, pág. 421.

En un marco más amplio, M. García Amigo²² acepta la posibilidad de la transmisión subjetiva de la obligación, pero concluye que *si no hay voluntad expresa (...), toda alteración subjetiva de la relación contractual que implique incompatibilidad entre los momentos anterior y posterior al cambio lleva consigo una novación.*

El negocio de expromisión sólo requiere la voluntad de acreedor y promitente (o expromitente) por la que éste se obliga a pagar la deuda ajena²³. No contempla la relación existente (en cierto modo se abstrae de ella) entre el primitivo deudor y el promitente²⁴. Sin embargo, nada excluye que el negocio de expromisión aparezca en la realidad diseñado con mayor complejidad. En lo que ahora nos importa, pensemos en el caso en que el promitente sólo se ofrece a constituirse en deudor si al mismo tiempo queda liberado el anterior deudor²⁵. La causa aparece ahora con mayor complejidad ya que incorpora seguramente al menos estos dos aspectos: 1º) La vinculación del promitente sólo se producirá si hay liberación del deudor. Como el deudor primitivo no es parte de este negocio, sino favorecido por él, nos hallamos ante una estructura que recuerda al negocio o a la estipulación en favor de tercero. 2º) De otro lado, también importa destacar como

²² GARCIA AMIGO; *Transmisión de las relaciones obligatorias nacidas de un contrato*, R.D.P., 1963-I, págs. 25-45, pág. 44.

²³ Lo que caracteriza a la expromisión es el acuerdo entre el acreedor y el nuevo deudor; Y es irrelevante que el antiguo deudor tenga conocimiento de ello: *"La expromisión (...) consiste en el acuerdo entre el nuevo deudor y el acreedor, por el que aquél se obliga frente a éste por el idem que le debía el anterior deudor, (...). Puede tener lugar, aun "sin el conocimiento del primitivo deudor"; mucho más, sin su consentimiento"* (SANCHO REBULLIDA; *Comentario del Código civil*, II, Ministerio de Justicia, 1993, art. 1.205, pág. 303).

²⁴ En cuanto a las relaciones entre el expromitente y el antiguo deudor, señala el Profesor DIEZ-PICAZO que éstas *habrán de regir las consecuencias de la expromisión entre ellos* (*Fundamentos...*, II, Cívitas, 1993, 4ª ed., pág. 851).

²⁵ DIEZ-PICAZO (*Fundamentos...*, II, Cívitas, 1993, pág. 851) señala que la liberación del antiguo deudor debe haber sido admitida *expresamente* por el acreedor, y que *cabe también una expromisión simple o expromisión cumulativa, si el originario deudor no queda liberado, de manera que el débito originario queda subsistente al lado del nuevo*. Nos referiremos aquí al hablar de expromisión únicamente a aquellos casos en que el deudor inicial queda liberado, porque da lugar a una problemática más amplia. Pero en las soluciones que damos a este supuesto en relación con el fraude de acreedores quedan resueltos también los problemas que podrían plantearse si la expromisión fuera cumulativa.

aspecto integrado en la causa concreta de este negocio el que el acreedor libera al deudor en tanto en cuanto se produce una vinculación del promitente. Pero hay algo más: le libera en la medida en que la garantía patrimonial que pierde con ello queda restaurada a través del patrimonio del promitente.

A partir de ahí, podemos decir que esta segunda manifestación causal hace que pueda cobrar relevancia el error del acreedor acerca de la solvencia *actual* del expromitente, por afectar a la causa del acto que realiza. Este error podríamos canalizarlo en nuestro ordenamiento a través del art. 1.301 CC, como veremos más adelante.

El negocio de expromisión puede perjudicar a los acreedores del expromitente insolvente. Por ejemplo, si el deudor paga al acreedor expromisario y carece de bienes para pagar a sus propios acreedores anteriores a la expromisión. O bien si, por ejemplo, antes de pagar se convoca el concurso de los acreedores y éstos ven reducido el valor de la cuota que les corresponde sobre el activo del deudor porque concursa también el acreedor expromisario.

Pero la expromisión liberatoria también puede resultar lesiva para los acreedores del acreedor, ya que el cambio de deudor se traduce en cambio del patrimonio deudor, y, por tanto, es susceptible de repercusión en el valor del derecho de crédito.

Es esta potencial repercusión que produciría el cambio de patrimonio deudor en el valor del derecho de crédito una de las razones por las que se requiere el consentimiento del acreedor para que tenga lugar el cambio del deudor (art. 1.205 CC). En este sentido, por ejemplo, se han pronunciado García Valdecasas²⁶ o Roca Sastre²⁷. Este último, siguiendo a Pacchioni, explica que por el cambio de deudor *resulta cambiado el patrimonio que constituye la garantía normal de la misma relación obligatoria*, razón por la que se requiere el consentimiento del acreedor para que tenga lugar el cambio de deudor. Y añade: *"¿no resulta que cambiando el patrimonio que garantiza el derecho de crédito, también varía la identidad del mismo crédito?"* Por esta misma razón, también en Alemania se exige el consentimiento del

²⁶ GARCIA VALDECASAS; *La sucesión en las deudas a título singular*, en Estudios de Derecho civil en honor del Prof. Castán Toboñas, II, Pamplona, 1969, págs. 216-217.

²⁷ ROCA SASTRE; *La transmisión pasiva de obligaciones a título singular*, con la colaboración de PUIG BRUTAU, Estudios de Derecho Privado, I-2, págs. 297-299.

acreedor, como explicaba Oertmann²⁸. Es también la razón por la que un sector de la doctrina estima incompatible la obligación del nuevo deudor con la anterior obligación (por ejemplo, Alvarez Caperochipi²⁹). Es, por tanto, la razón que justifica para este sector doctrinal la inadmisibilidad de la sucesión pasiva en la deuda o sucesión pasiva individual (Sancho Rebullida)³⁰.

Además, los acreedores del acreedor también pueden verse perjudicados por la pérdida de garantías que, en su caso, suponga la expromisión³¹. Vamos a ver cada caso.

²⁸ OERTMANN; *Transmisión de obligaciones*, R.D.P., 1923, págs. 99-117, pág. 101.

²⁹ ALVAREZ CAPEROCHIPÍ (*El artículo 1.207 del Código civil. Notas para un estudio de las relaciones accesorias en la novación*, R.C.D.I., 1973, pág. 1.431), refiriéndose al por qué de la novación de la obligación que supone el cambio del deudor, explica: "(...) la incompatibilidad que recoge el artículo 1.204 es referible a todo cambio de deudor en la obligación. / Ello es lógico que sea así, por cuanto, como dice ROCA SASTRE, cambiado el patrimonio que garantiza el derecho de crédito, también varía la identidad del mismo crédito".

³⁰ En este sentido, expone SANCHE REBULLIDA (*La novación de las obligaciones*, Nauta, 1964, págs. 404-405) entre los argumentos alegados por la doctrina francesa, los siguientes: Savatier entiende que (...) un crédito no puede cambiar de deudor sin perder su identidad; Mazeaud y Mazeaud, opone la razón lógica de no existir, en Derecho patrimonial, una operación que (...) tenga por objeto la adquisición de un elemento pasivo; y, sobre todo, un motivo más importante: para ser tal, la cesión de un vínculo obligatorio debe poder realizarse sin la intervención del obligado cedido, como sucede en la cesión de crédito; por el contrario, la consideración de la persona del deudor es esencial no sólo cuando se contempla la obligación como un vínculo jurídico, sino cuando se la considera como un valor patrimonial: el vínculo vale lo que valga el deudor, depende de su solvencia, honestidad y pericia en los negocios.

³¹ Por ejemplo, en relación con la asunción por un tercero de la deuda garantizada y la posición jurídica del fiador, DIEZ-PICAZO (*Fundamentos...*, II, Civitas, 1993, pág. 454) explica que cuando un nuevo deudor ocupa en la relación obligatoria el lugar del antiguo deudor, a quien el fiador avalaba, y el antiguo deudor queda liberado de la obligación, debe entenderse que el fiador queda liberado también. En definitiva, la asunción de la deuda significa una alteración sustancial de la base del negocio de fianza y de los términos y condiciones de la obligación del fiador. Por ello, salvo que el fiador otorgue un expreso consentimiento a la sustitución de un nuevo deudor al antiguo, el fiador no garantiza al nuevo deudor y queda libre.

II.1. De la protección de los acreedores del acreedor

Hemos visto que el perjuicio puede derivarse tanto del cambio del patrimonio deudor como, en algún caso, de la pérdida de garantías.

1.1. De la protección de los acreedores del acreedor lesionados por el cambio de patrimonio deudor

En los supuestos de expromisión liberatoria el cambio de patrimonio deudor supone un cambio del valor del derecho de crédito³²; O bien, para los partidarios de que necesariamente ha de tratarse de una novación, un cambio del propio derecho de crédito por otro distinto. Por tanto, la expromisión liberatoria podría suponer para los acreedores del acreedor insolvente una lesión de su derecho de crédito si, *al tiempo de hacerse*, el expromitente es insolvente. En ese caso, puede ocurrir que el acreedor conociese la insolvencia del expromitente al tiempo de la expromisión, o bien que lo ignorase.

A) *Si el acreedor es consciente de la insolvencia del expromitente al tiempo de la expromisión* se refuerzan las posibilidades de impugnación del negocio por fraude (*scientia fraudis* o *consilium fraudis*). No estamos ante un caso de objetivación del fraude porque el negocio no es en sí mismo lesivo. La lesión se deriva de otros elementos externos al negocio (en particular, de la insolvencia del expromitente). En este sentido encontramos el siguiente texto de J.B. Jordano. A propósito de los sujetos afectados por el cambio de deudor, señala: *"Los acreedores del acreedor (...) sólo pueden ser afectados por la mudanza del deudor del segundo de modo eventual e indirecto, y tienen siempre el remedio de la acción pauliana"*³³.

³² Ya lo vimos antes. Cabe añadir esta cita de SANCHO REBULLIDA (*La novación de las obligaciones*, Nauta, 1964, pág. 315); Refiriéndose a nuestro artículo 1.911 CC y siguiendo a Pacchioni, señala: *"al cambiar el patrimonio que garantiza la deuda cambia también, económica y jurídicamente la deuda misma"*.

³³ JORDANO BAREA; *Asunción de deuda*, comentario a la S.T.S. de 10 de febrero de 1950, A.D.C., 1950, pág. 1377, nota nº 9.

B) Si el acreedor ignora la insolvencia del expromitente al tiempo de la expromisión,
encontramos distintas claves de solución:

Clave 1ª.-

El deudor liberado por el acreedor no debe quedar afectado por el hecho de que el expromitente sea insolvente ya que no ha intervenido en la expromisión; ni tampoco puede asegurarse que se haya beneficiado por la expromisión (por ejemplo, si liberó al expromitente con posterioridad de una deuda por razón de la expromisión de éste).

Clave 2ª.-

Si desconectamos la liberación del deudor primitivo de la expromisión porque no es esencial a ella, podemos entender también que éste se aprovecha de una renuncia que puede quedar sometida a los actos de renuncia y por tanto es atacable. La objeción que cabe hacer a este razonamiento es que atacamos la renuncia no por sí misma sino en la medida en que el expromitente sea insolvente. Esto nos indica que no estamos entendiendo adecuadamente el problema.

Clave 3ª.-

Se asienta en contemplar la conexión existente entre la aceptación del nuevo deudor por expromisión y la liberación del antiguo. Aunque entre el primitivo deudor y el promitente (o expromitente) exista una causa que no aflora, ésta no es decisiva para la solución de nuestro problema, porque hemos de situarnos en el negocio de expromisión.

Desde el punto de vista del acreedor puede entenderse que la liberación está conectada a la expromisión y que por la propia naturaleza del acto que se realiza cambia un patrimonio por otro como base de la garantía entendiendo que ambos son suficientemente solventes para pagar el crédito. La causa de la liberación del deudor está en la vinculación del promitente con solvencia equivalente.

Por ello, si la solvencia del promitente en el momento de cerrar la operación no es la que esta operación presupone (o la que el acreedor presupone) puede entenderse que estamos ante un *error relevante jurídicamente a través de la modalidad de la causa falsa* (art.

Podemos introducir mayor precisión en esta postura utilizando la estructura del contrato en favor de tercero³⁵. El pacto celebrado entre el acreedor y el promitente contiene una estipulación de liberación del deudor (tercero en esa relación). Ese pacto constituye la denominada relación de cobertura en la que el expromitente puede ser considerado el estipulante y el acreedor el promitente. En ese pacto se toma en cuenta el compromiso del estipulante para la liberación del tercero (causalmente está considerada la deuda de éste y conectada la liberación al compromiso del expromitente y lógicamente a la solvencia del expromitente). En la estipulación a favor de tercero, como es sabido, los problemas de la relación de cobertura afectan al derecho de tercero³⁶.

Todo lo anterior se ha basado en una idea: la conexión causal entre la liberación del deudor y el compromiso del expromitente. No ocurriría lo mismo si la expromisión es cumulativa y posteriormente el acreedor renuncia por sí mismo a que el primitivo deudor siga debiéndole. En este caso serían de aplicación las reglas de la renuncia

³⁴ Tomamos el concepto de *falsedad de la causa* del art. 1.301 CC según la acepción que ha contribuido a esclarecer el Profesor Antonio-Manuel MORALES MORENO en su monografía sobre *El error en los contratos* (Ceura, 1988). El autor explica que la "falsedad de la causa" en este artículo sería lo mismo que el error, tal como lo ha llegado a entender el Código (pág. 146). Y después matiza que la diferencia entre el error y la falsa causa, en el 1301, es difícil, pero se puede percibir. La figura del error se refiere a elementos intrínsecos a la organización de intereses que establece el contrato: al objeto o a las cualidades de la persona. La causa falsa a elementos extrínsecos a esa organización; por ejemplo, se quiere comprar una vivienda, sólo en caso de ser trasladado a esa ciudad. Esta diferencia provoca otra: el error puede ser apreciado mediante criterios implícitos (valores del tráfico). La causa falsa exige un pacto especial de incorporación. Esta interpretación se acepta por la doctrina (DIEZ-PICAZO y GULLON; *Instituciones...*, I, Tecnos, 1995, pág. 427).

³⁵ ALBALADEJO (*Derecho civil*, II-1º, 5ª ed., 1980, págs. 452-459, págs. 456-457) explica el contrato con estipulación a favor de tercero (art. 1.257-II CC) como contrato entre partes -promitente y estipulante- que produce entre ellas los efectos normales de todo contrato.

³⁶ DIEZ-PICAZO y GULLON (*Instituciones...*, I, Tecnos, 1995, pág. 454) señalan que el promitente puede oponer frente a la acción del beneficiario las excepciones derivadas de la falta de validez del contrato, entre otras. La ineficacia de la expromisión liberatoria posibilita que el acreedor exija el cobro del tercero (deudor inicial), aunque hubiera consentido en la liberación.

de derechos.

Esta es la clave que nos parece más acertada. Ya formulamos la objeción a la segunda. Descartamos también la primera en favor de la tercera por entender que el negocio de expromisión liberatoria encaja bien entre los negocios con estipulación en favor de tercero, lo que directamente viene a negar que el tercero (deudor primitivo) no se vea afectado por los problemas de la relación entre quienes estipularon en su favor.

1.2. De la protección de los acreedores del acreedor lesionados por la extinción de las garantías de la obligación novada. El artículo 1.207 CC

Como regla general, puede decirse que la expromisión liberatoria extingue no sólo la obligación anterior sino también las garantías accesorias³⁷, al menos las prestadas por tercero.

En nuestro ordenamiento, la pérdida de las garantías de la antigua obligación provocada por la *novación* se regula en el artículo 1.207 CC. El precepto se ha interpretado distinguiendo entre garantías prestadas por el propio deudor y garantías prestadas por un tercero. Sólo estas últimas se extinguen por la novación, salvo pacto en contrario: *"El artículo 1.207 quiere formular -y, sin embargo, no lo hace literalmente- una aclaración: que las relaciones accesorias sólo subsistirán, tras la extinción de la obligación principal por efecto de la novación, en cuanto que el tercero que las ha prestado (en realidad, el fiador personal o real distinto del deudor), preste su consentimiento"* (Alvarez Caperochipi³⁸). Por el contrario, continúa diciendo Alvarez Caperochipi, *cuando dichas garantías accesorias fueron prestadas por el propio deudor, que en este sentido no es tercero, subsisten a falta de pacto en contrario, por cuanto que se presume la voluntad del deudor de continuar garantizando la obligación*³⁹. Esta interpretación ha sido corroborada por Sancho Rebullida⁴⁰.

³⁷ Ya era así según el Derecho romano (KASER; *Derecho romano privado*, versión de la 5ª edición por J. Santa Cruz, Reus, 1968, § 55-III).

³⁸ ALVAREZ CAPEROCHIPÍ; *El artículo 1.207 del Código civil. Notas para un estudio de las relaciones accesorias en la novación*, R.C.D.I., 1973, pág. 1415.

³⁹ En la página 1421 del mismo trabajo.

⁴⁰ SANCHO REBULLIDA, en el *Comentario del Código civil* (Ministerio de Justicia, 1993, II, art. 1.207, págs. 307-308): *"Como dice el mismo ALVAREZ CAPEROCHIPÍ, es posible que el art. 1.207 pretenda distinguir la garantía prestada por un tercero de la*

La extinción de las garantías ¿es oponible frente a los acreedores del acreedor, terceros perjudicados, si éstos tuvieran que subrogarse en su lugar para hacer efectivo el cobro (art. 1.111 CC) y fuera insolvente el nuevo deudor?

Las vías de solución son las mismas que en el supuesto que acabamos de ver. Sin embargo, conviene hacer alguna aclaración en torno al artículo 1.207 CC.

El tenor literal del artículo 1.207 CC dice que *cuando la obligación principal se extinga por efecto de la novación, (...) podrán subsistir las obligaciones accesorias en cuanto aprovechen a terceros que no hubiesen prestado su consentimiento*. Y si bien de la lectura de este precepto podría deducirse que a los acreedores del acreedor que lo fuesen con anterioridad a la novación, no les es oponible la extinción de las garantías, no es así como lo ha interpretado la doctrina. El estudio de los precedentes históricos, fundamentalmente, ha llevado a aclarar que en realidad el legislador quiso establecer en este precepto la exigencia de que medie el consentimiento de quien prestó la garantía para que ésta cumpla su función en favor de la nueva obligación.

En el artículo 1.138 del Proyecto de 1851 se establecía la siguiente regla: *"Por la novación se extingue, no sólo la obligación principal, sino también sus accesorias./ Para que continúen las obligaciones accesorias, en cuanto afecten a un tercero, es necesario también el consentimiento de éste"*. Así lo explica García Goyena⁴¹: *"Novatione prior obligatio perimitur, (...); y también los privilegios adherentes a la obligación anterior, (...); y todo lo que le era accesorio, como la fianza, prenda o hipoteca con los intereses y cláusula penal (...). (...). Es necesario también: por ejemplo, en la fianza o hipoteca dada por un tercero, pues que los pactos sólo aprovechan o dañan a los contrayentes y sus herederos (...)."*

Cuando Alvarez Caperochipi⁴² estudió el artículo 1.207 del Código civil llegó a la conclusión de que una interpretación literal del precepto es incorrecta y que para aclarar el verdadero sentido del mismo hay que estudiar su origen, *especialmente el cambio de redacción respecto al proyecto de 1882* (pág. 1416). Para el autor, *resulta*

prestada por el propio deudor; en el primer caso, se requiere el consentimiento del tercero para que subsista la relación accesoria tras la novación de la principal; en el segundo, parece lógico inferir que, a falta de pacto en contrario, el acreedor y el deudor principal han querido que se renovasen, para la obligación nueva, las garantías pactadas para la antigua...".

⁴¹ GARCIA GOYENA; *Concordancias...*, III, Madrid, 1852, art. 1138, págs. 156-157.

⁴² ALVAREZ CAPEROCHIPÍ; *El artículo 1.207 del Código civil. Notas para un estudio de las relaciones accesorias en la novación.*, R.C.D.I., 1973, págs. 1413-1431.

anómala (...) la interpretación literal del artículo 1.207 del Código civil, que conduce a la subsistencia de relaciones accesorias de una obligación que se ha extinguido y en favor de unos terceros -acreedores del acreedor, herederos del acreedor-, que si bien no prestaron su consentimiento sólo eventual e indirectamente se pueden ver afectados por la novación, y resulta especialmente anómala esta interpretación si contraponemos los intereses de dichos terceros a los de aquellos que prestaron su garantía personal o real a una obligación, y luego, sin su consentimiento, se encuentran garantizando a la que la sustituye" (pág. 1417). Y encuentra el origen de la anomalía en el giro que da la redacción del art. 1.224 del Anteproyecto de 1882 respecto de su precedente, el art. 1.138 del Proyecto de 1851. Después de estudiar los cambios -pocos- introducidos en 1882 respecto de la redacción de 1851, el autor juzga que el precepto ha realizado un cambio de sentido al intentar formular positivamente lo que en el proyecto de 1851 se establecía negativamente, pero queriendo tener, en realidad, su mismo contenido. Este argumento se refuerza si consideramos que el proyecto de 1882 cita como antecedente inmediato del artículo 1.124 al 1.138 del de 1851 (pág. 1419). Y concluye que los terceros que deben prestar su consentimiento no son ajenos a la obligación extinguida, como parece desprenderse de su interpretación literal, sino terceros fiadores que han garantizado la obligación principal, como dispone claramente el proyecto de 1851 y como se deriva, lógicamente, de los efectos de la novación (pág. 1419).

La teoría de Alvarez Caperochipi ha sido ratificada después por un amplio sector de la doctrina (por ejemplo, Sancho Rebullida⁴³, o Puig Brutau⁴⁴). Díez-Picazo⁴⁵ subraya las dificultades de inteligencia del art. 1.207 y salva la cuestión acudiendo a los principios del Derecho de las Obligaciones. Distingue, como supuestos diversos, las garantías prestadas por terceros, las garantías prestadas por el deudor primitivo y las posibles garantías que hubiera prestado el nuevo deudor en favor del primitivo. En ningún caso interpreta el precepto refiriéndose al interés de otros terceros que no sean los que prestaron las garantías. En diverso sentido se pronuncia Castán⁴⁶.

⁴³ SANCHEZ REBULLIDA, en el *Comentario del Código civil*, (II, Ministerio de Justicia, 1993, art. 1.207, págs. 306-308); y en los *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, (Edersa, XVI-1º, 1980, art. 1.207, págs. 643-646).

⁴⁴ PUIG BRUTAU; *Fundamentos...*, I-2º, 4ª ed., 1988, págs. 394-396.

⁴⁵ DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEON; *Fundamentos...*, II, Cívitas, 4ª ed., 1993, págs. 846-848.

⁴⁶ A juicio de CASTAN (*Derecho civil español...*, III, 16ª ed., Reus S.A., 1992, pág. 495), si tuviese interés en la obligación accesoria alguien que no hubiese intervenido en la novación, subsistirá aquélla con respecto a él (art. 1.207), por aplicación del principio *res inter alios acta, nec nocet nec prodest*.

Si partimos de esta interpretación del art. 1.207 CC hemos de concluir que la extinción de las obligaciones accesorias es oponible a los terceros (y, entre ellos, a los acreedores del acreedor). Pero no es razón suficiente para afirmar que la expromisión será entonces objetivamente fraudulenta, porque el negocio expromisorio realizado en estado de insolvencia no es *en sí mismo* lesivo sino que la lesión se derivaría de un factor externo: la insolvencia del nuevo deudor. Como en el caso anterior (protección de los acreedores del acreedor lesionados por el cambio de patrimonio deudor) la solución está más bien en la impugnación del negocio por la vía del error (falsedad de la causa del art. 1.301 CC) si el acreedor desconocía la insolvencia del nuevo deudor, o por la vía general del fraude si se prueba que tuvo conocimiento de la insolvencia del nuevo deudor.

II.2. De la protección de los acreedores del nuevo deudor

Si quien es deudor insolvente añade a su insolvencia el peso de una nueva obligación, que además es ajena pero que hace propia frente al acreedor por medio de un negocio expromisorio, entonces sus acreedores anteriores a la expromisión tendrán al menos la posibilidad de subrogarse en su lugar para exigir de la persona liberada por la expromisión la repetición por razón del pago una vez efectuado (art. 1.111 CC, en relación con el art. 1.158-II CC⁴⁷). El supuesto es semejante a la gestión de negocios ajenos sin mandato. El deudor beneficiado por la liberación de la deuda, aunque no hubiera tenido conocimiento del pacto expromisorio, deberá reintegrar al tercero que le liberó por cuanto le haya sido útil el pago (art. 1.893 CC).

En ese caso, el daño a los acreedores del nuevo deudor sólo tendría lugar cuando el convenio expromisorio se realizó siendo insolvente el antiguo deudor, o bien cuando el expromitente actuó con ánimo de liberalidad⁴⁸. Si el promitente actuó con ánimo

⁴⁷ DIEZ-PICAZO (*Fundamentos...*, II, Cívitas, 1993, 4ª ed., pág. 851) escribe que *si la intervención del tercero es absolutamente espontánea, una vez que resulte pagada por él la deuda o liberado el deudor primitivo, el expromitente tendrá derecho a dirigirse contra él, poniendo en juego, analógicamente, las consecuencias previstas por el art. 1.158 (acción de enriquecimiento y acción in rem verso).*

⁴⁸ Como ha señalado DIEZ-PICAZO (*Fundamentos...*, II, Cívitas, 1993, 4ª ed., pág. 851), *el ánimo de liberalidad y la causa donandi no pueden, sin embargo, presumirse.*

de liberalidad renunciando a la acción de repetición, el acto de renuncia es un negocio añadido a la expromisión, que puede impugnarse como todo acto de renuncia en perjuicio de acreedores (arts. 6.2 y 1.111 CC). En el otro supuesto de lesión (si el antiguo deudor es insolvente y la acción de repetición infructuosa), creemos que podemos remitirnos a la solución que damos para el pago de deuda ajena⁴⁹, por tratarse de problemas análogos⁵⁰.

III. LA ASUNCION DE DEUDA

La asunción de deuda no está regulada en nuestro ordenamiento, aunque se admite y define por la doctrina⁵¹ y jurisprudencia⁵². Al margen de nuestro sistema, sí se ha ocupado de regularla el legislador de otros ordenamientos. Así, por ejemplo, en el B.G.B. alemán, o en el Código suizo de las obligaciones. Conforme a los párrafos 414 y 415 del Código germano, se distingue entre dos supuestos de asunción de deuda (*Shuldübernahme*):

⁴⁹ AZURZA (*Notas sobre novación*, R.D.P., 1950, págs. 590-618, pág. 614) señala que en caso de expromisión, *la acción del nuevo deudor, que arrancará del pago, verdadero beneficio del primitivo, se regulará por los preceptos a aquél referentes (...)*.

Parece que nada obsta para que se aplique a la tutela del interés de los acreedores de quien paga las mismas reglas en caso de expromisión que en otro supuesto de pago por tercero; en concreto, el pago sin subrogación.

⁵⁰ La única razón por la que hemos tratado el supuesto de expromisión a parte del pago de deuda ajena es que en el primer caso se añade, al posible fraude a los acreedores del expromitente, el posible fraude a los acreedores del acreedor, como hemos visto.

⁵¹ DIEZ-PICAZO (*Fundamentos...*, II, Cívitas, 1993, 4ª ed., pág. 850) explica que el contrato de asunción de deuda *carece de una regulación normativa entre nosotros y su recepción doctrinal y jurisprudencial procede de la doctrina alemana y del Código civil de aquél país*.

⁵² La S.T.S. de 10 de febrero de 1950 daba la siguiente definición de la asunción de deuda: *"contrato por el cual un tercero, con asentimiento del acreedor, toma a su cargo una obligación preexistente, constituyéndose en deudor y liberando al deudor primitivo"* (La sentencia está comentada por J.B. JORDANO; *Asunción de deuda*, A.D.C., 1950, págs. 1372 y siguientes). No hay que creer, sin embargo, que la asunción de deuda tenga que ser necesariamente liberatoria; puede no serlo (por ejemplo, se admite en el art. 1.273 del Código civil italiano). En este sentido encontramos la opinión de DIEZ-PICAZO (*Fundamentos...*, II, Cívitas, 1993, 4ª ed., pág. 852). El autor admite tanto la asunción liberatoria como la asunción cumulativa.

1º Cuando el contrato se realiza entre el acreedor y un tercero, que asume la deuda⁵³; y 2º Cuando contrata el deudor con un tercero, para transmitirle la deuda⁵⁴. El primer supuesto coincide con la expromisión, que acabamos de explicar. El segundo requiere para la transmisión perfecta de la deuda el consentimiento del acreedor. También en el Código suizo de las obligaciones (art. 176) se requiere en todo caso el consentimiento del acreedor para que haya verdadera asunción de deuda. La misma solución aporta el vigente Código italiano⁵⁵.

La cuestión de la asunción de deuda ha dado lugar a polémicas sobre si puede o no transmitirse la deuda a título singular⁵⁶, del mismo modo que se transmite el

⁵³ Se prescinde en este caso del consentimiento del deudor antiguo (OERTMANN, P.; *Transmisión de obligaciones*, R.D.P., 1923, págs. 99-117, traducido del alemán por W. Roces, págs. 112-113).

⁵⁴ En este caso, el convenio produce efecto inmediato entre las partes pero no frente al acreedor, que deberá prestar su consentimiento. No obstante, OERTMANN (*Transmisión de obligaciones*, R.D.P., 1923, págs. 99-117, pág. 113) señalaba que *algunos civilistas modernos entienden que, (...) el verdadero contrato de deuda sólo surge mediante el consentimiento del acreedor*.

⁵⁵ El *Codice civile* trata ampliamente la materia, y distingue entre delegación (arts. 1.268 y siguientes), expromisión (art. 1.272) y asunción de deuda (art. 1.273). Este último supuesto se define por la adhesión del acreedor a un acuerdo entre deudor y tercero por el que se conviene en que éste asuma la deuda del otro. Al adherirse al contrato, el acreedor hace irrevocable la estipulación en su favor. Sin embargo, la adhesión sólo supone la liberación del deudor originario si media consentimiento expreso del acreedor con respecto a ello. Si *no hay liberación del deudor*, señala el artículo 1.273, *éste permanece obligado solidariamente con el tercero*.

⁵⁶ Ni en el Derecho romano, ni durante el desarrollo posterior de los sistemas legislativos, se admitió la posibilidad de que pudieran transmitirse las deudas a título singular. Sin embargo, a partir de Windscheid comienza a abrirse paso una corriente doctrinal favorable a aceptarla. SANCHO REBULLIDA (*La novación de las obligaciones*, Nauta, 1964, págs. 402-403) atribuye a este autor la regulación actual de la asunción de deuda en el B.G.B.: *"la doctrina alemana, en general, sobre la base de (...) los § 414 y siguientes del BGB, que responden a la doctrina de WINDSCHEID, entiende que en el contrato de asunción de deuda, "el deudor anterior se libera, se subroga un nuevo deudor y la obligación sigue siendo la misma"*. Sin embargo, la transmisión de deuda no es perfecta, porque -como sigue diciendo Sancho Rebullida- su eficacia pende de la ratificación del acreedor; además, se extinguen las garantías personales y reales prestadas por terceros, así como los derechos de preferencia para el cobro en el procedimiento concursal, en su caso. Los requisitos que exigiría una verdadera sucesión en la deuda, dice el mismo autor (pág. 405), *en su totalidad, no se cumplen en ninguna legislación catalogada como admisible*

crédito⁵⁷. A efectos de este estudio, partimos de que la cesión de deuda por el mero acuerdo entre antiguo y nuevo deudor es inadmisibile, a diferencia de la cesión del crédito (que tiene lugar por el acuerdo entre el antiguo acreedor y el nuevo)⁵⁸. La exigencia de que concurra en todo caso el consentimiento del acreedor para que tenga lugar el cambio de deudor lo

de la asunción de deuda; ni siquiera en la legislación suiza.

En diverso sentido, CASTAN (*Derecho civil español...*, III, 16^a ed., Reus S.A., 1992, pág. 373-376) siguiendo a De Diego en *La transmisibilidad de las obligaciones* (1912), parece admitir que en Derecho español *la novación extintiva no se presume nunca, y lo presumible es que el acreedor no quiere destruir la obligación por no perder las garantías y los demás derechos accesorios a su crédito*. El principal inconveniente que surge si aceptamos esta tesis es que se obligaría a terceros garantes de la obligación a seguir garantizándola cuando ha cambiado el deudor, lo que puede perjudicarles pues no es lo mismo garantizar una obligación según quien sea el deudor.

En Italia la situación no es mucho más clara. Según W. BIGIAMI (*Novación y sucesión en la deuda a título particular en el nuevo Código civil italiano*, R.D.P., julio-agosto, 1943, págs. 489-505), la doctrina y la jurisprudencia dominantes cuando estaba vigente el anterior Código civil *estaban orientadas decididamente en el sentido de admitir la sucesión en la deuda a título singular, (...). Ciertamente que el Código callaba en materia de sucesión particular en las deudas, regulando solamente la novación; pero esto no podía constituir obstáculo alguno, ya que las partes, valiéndose precisamente de su autonomía particular, tendrían el derecho de configurar una sucesión a título particular* (pág. 489). El problema sobre la posibilidad de sucesión en la deuda a título singular surge de nuevo tras la publicación del Código civil italiano vigente. BIGIAMI estima que el art. 1.272 *Código civile* *deja abierta la puerta, tanto a la sucesión particular como a la novación* (pág. 497). Y propugna que *respondiendo a la finalidad práctica normalmente perseguida por las partes, debe considerarse preferida a la novación, salvo prueba en contrario* (pág. 498); aunque matiza que *la liberación del deudor originario, tenga lugar por novación o por sucesión a título particular, determina la extinción de los privilegios*, alegando que esta solución es semejante a la establecida por el parágrafo 418 del BGB en que se inspira el art. 1.275 *Código civile* (pág. 504).

⁵⁷ Según indica ROCA SASTRE (*La transmisión pasiva de obligaciones a título singular*, con la colaboración de PUIG BRUTAU, *Estudios de Derecho Privado*, I-2º, pág. 296) fue DELBRÜCK, en una célebre obra que publicó en Alemania en 1853, el primero que se ocupó de la posibilidad de transmitirse la obligación por el lado pasivo, (...). *Trató, (...) de parificar la asunción de deuda con la cesión de créditos. (...)./ Esta doctrina (...) la rechazaba SAVIGNY; pero cuando posteriormente la defendió WINDSCHEID, hizo rápidamente fortuna (...).*

⁵⁸ Por ejemplo, ROCA SASTRE (*La transmisión pasiva de obligaciones a título singular*, en *Estudios de Derecho privado*, I, pág. 299) afirma en este sentido que *el paralelismo entre cesión de crédito y la pretendida cesión o transmisión de deuda es insostenible*.

confirma (art. 1.205 CC)⁵⁹. Como señalan Roca Sastre y Puig Brutau, no es admisible la simple "cesión de deuda" porque el débito *no es nunca algo que se posea como un valor que pueda considerarse en sí mismo, sino que es sólo la contrapartida del crédito; (...) por lo que no es de extrañar que de él (del crédito) disponga en definitiva el acreedor*⁶⁰. Y, mediando consentimiento del acreedor en el cambio de deudor con liberación del anterior, el efecto del negocio se diría que ha de ser novatorio (Sancho Rebullida⁶¹), aunque sostienen algunos que puede también ser modificativo (Storch de Gracia⁶²). Por la novación, la antigua obligación como las obligaciones accesorias, si las hubiese, quedan extinguidas para dar lugar a una nueva obligación entre el acreedor y el nuevo deudor.

⁵⁹ En cuanto a las razones que justifican esta determinación, aparecen ampliamente desarrolladas en la obra de SANCHO REBULLIDA (*La novación de las obligaciones*, Nauta, 1964, págs. 393-421). Entre otros muchos, AZURZA (*Notas sobre novación*, R.D.P., 1950, págs. 590-618, pág. 612) afirma que *en la novación por cambio de deudor (...) el consentimiento del acreedor es en todo caso necesario*.

⁶⁰ ROCA SASTRE; *La transmisión pasiva de obligaciones*, con la colaboración de PUIG BRUTAU, Estudios de Derecho Privado, I-2º, págs. 295-321, pág. 302, siguiendo a Pacchioni.

⁶¹ Insistiendo en su opinión de que la asunción de deuda no puede equipararse a la cesión de créditos, y que supone necesariamente una novación, SANCHO REBULLIDA (*La novación de las obligaciones*, Nauta, 1964, págs. 405-406) aporta el siguiente argumento definitivo: *"Por otra parte, tampoco la autonomía de la voluntad puede completarlos (los requisitos que tendrían que reunirse para que pudiera hablarse de verdadera transmisión de deuda) (...) ni suplirlos (...), por el propio límite establecido en el precepto que sirve de fundamento: los intereses de terceros. (...) la libertad contractual permite que el consentimiento de los interesados -también el acreedor- configuren la nueva deuda, a todos los efectos con ellos relacionados, como si efectivamente fuese la antigua: pero esta subsistencia quiebra, evidenciando la ficción, en el momento de afectar a terceros: las garantías y demás relaciones accesorias decaen si los titulares de las mismas no prestan su consentimiento, etc... Y como, en último análisis, siempre quedan unos terceros de inverosímil intervención -los acreedores del nuevo deudor- aunque se contase con la voluntad de todos los sujetos dirigida a la identidad sucesoria, la novación -(...)- se evidenciaría y resaltaría a la hora de un concurso de acreedores del nuevo deudor".* En efecto, como consecuencia del cambio de deudor se deriva, necesariamente, la pérdida del rango del antiguo título de crédito, ya que el acreedor concurre con los acreedores del nuevo deudor y difícilmente puede sostenerse la conservación del grado de preferencia que -a estos efectos- tuviera frente a los acreedores del deudor primitivo.

⁶² J.G. STORCH DE GRACIA (*Construcción jurídica de la asunción de deuda en el Derecho español*, La Ley, 1987-4, págs. 1089-1116) ha defendido la posibilidad de sucesión en la deuda sin efectos novatorios.

Para el cambio de deudor, son viables en nuestro sistema las dos modalidades que se apuntan en el ordenamiento alemán: la expromisión, de un lado; y el convenio entre antiguo y nuevo deudor al que se añade el consentimiento del acreedor⁶³, de otro⁶⁴. A esta segunda modalidad es a la que nos referiremos en adelante al hablar de *contrato de asunción de deuda*⁶⁵. Como en la expromisión, en el contrato de asunción de deuda el consentimiento prestado por el acreedor implica un acto de *disposición del derecho de crédito*, del que participa necesariamente el tercero que asume la obligación⁶⁶. A la vez, desde la perspectiva de la relación entre el nuevo deudor y el antiguo, la asunción de deuda puede llevar implícita una donación cuando se realice con ánimo de liberalidad del delegado respecto del delegante⁶⁷. Donación, y no mera renuncia al ejercicio de la acción de repetición, porque medió aceptación del beneficiario (el consentimiento negocial prestado por el antiguo deudor en el convenio con el nuevo deudor, al que se adhiere el acreedor)⁶⁸.

⁶³ El consentimiento del acreedor puede ser *simultáneo o posterior* al convenio entre el primitivo y el nuevo deudor (DIEZ-PICAZO; *Fundamentos...*, II, Cívitas, 4ª ed., 1993, pág. 850).

⁶⁴ Ya antes del Código civil se perfilaban estos dos medios, expromisión y delegación, como las vías por las que podía operarse la *novación por el cambio de deudor* (SANCHEZ ROMAN; *Estudios de Derecho civil...*, IV, 2ª ed., Madrid, 1899, pág. 425).

⁶⁵ Siguiendo al Profesor Luís DIEZ-PICAZO (*Fundamentos...*, II, Cívitas, 1993, 4ª ed., págs. 850-852).

⁶⁶ La asunción de deuda en el sistema alemán se ha visto como la *unión de un negocio obligatorio y un negocio de disposición* (DE COSSIO; conferencia sobre *La transmisión pasiva de las obligaciones, a título singular*, de 8 de marzo de 1943, A.A.M.N., 1, 1945, págs. 183-206, pág. 203).

⁶⁷ La donación debe probarse, no se presume. En este sentido, AZURZA (*Notas sobre novación*, R.D.P., 1950, págs. 590-618, pág. 614) indica que en lo relativo a la relación entre el antiguo deudor y el nuevo *por razón del cambio* no se puede presumir la donación y añade, siguiendo a Manresa, que esto exige (...) *que aquél resarza a éste por el beneficio que del mismo recibe*.

⁶⁸ El *Código civil português* hace una definición de la donación en su artículo 940 párr. 1º, en la que se incluye expresamente la asunción de una obligación en beneficio de otro, cuando media ánimo de liberalidad. A continuación, especifica que no es donación la renuncia a derechos, entre otras figuras. Esto puede servir para confirmar la idea de que a la asunción de deuda puede darse el tratamiento propio de la donación cuando media ánimo de liberalidad por parte del nuevo deudor.

En cuanto a la lesión del derecho de crédito, el contrato de asunción de deuda puede perjudicar tanto a los acreedores del acreedor como a los del nuevo deudor.

III.1. De la protección del crédito de terceros en los casos de asunción de deuda. El artículo 1.206 CC

Las soluciones son las mismas que las que se dieron para la expromisión, pero hay una leve indicación que debe tenerse ahora en cuenta en relación con los acreedores del acreedor cuyo interés resulte lesionado por el cambio de patrimonio deudor. Se trata de una norma que es aplicable tan sólo cuando la asunción de deuda se produzca por vía de delegación (con el correspondiente consentimiento del acreedor).

En efecto, tanto la protección de los acreedores del acreedor afectados por la pérdida de las garantías de la obligación inicial, como la protección de los acreedores del nuevo deudor sigue en los casos de contrato de asunción de deuda el mismo régimen que en los de expromisión. Pero no ocurre lo mismo cuando se trata de la protección de los acreedores del acreedor lesionados por el cambio de patrimonio deudor. En este caso existe un régimen especial para el contrato de asunción de deuda⁶⁹. Se trata del artículo 1.206 CC, aplicable a aquellos supuestos en que el daño se produjo por la insolvencia del nuevo deudor conocida del antiguo o si era pública en el momento de la delegación (no se estima aplicable en los supuestos de expromisión, como han señalado Díez-Picazo⁷⁰, Sancho Rebullida⁷¹, o Storch de Gracia⁷²). Precisamente para evitar el fraude al acreedor que adhiere su

⁶⁹ DIEZ-PICAZO (*Fundamentos...*, II, Cívitas, 1993, 4ª ed., pág. 846), en cuanto a la insolvencia sobrevenida del nuevo deudor en la asunción liberatoria, señala que la *regla general* es que *no produce ninguna repercusión en la situación del antiguo deudor* (pág. 845).

⁷⁰ DIEZ-PICAZO (*Fundamentos...*, II, Cívitas, 1993, 4ª ed., pág. 846) considera que el art. 1.206 CC *parece aplicable a todo supuesto de cambio de deudor que no obedezca a un convenio expromisorio*.

⁷¹ Con Manresa y Díez-Picazo, SANCHO REBULLIDA (*Comentario del Código civil*, II, Ministerio de Justicia, 1993, pág. 305, rectificando su opinión anterior) opina que el precepto tan sólo abarca los supuestos de delegación.

⁷² STORCH DE GRACIA (*Construcción jurídica de la asunción de deuda en el Derecho español*, La Ley, 1987-4, págs. 1089-1116, pág. 1114) matiza que el precepto no es aplicable

consentimiento al acuerdo entre antiguo y nuevo deudor, el legislador ha dispuesto que en estos supuestos el deudor inicial no queda liberado de la obligación (Sánchez Román⁷³, Storch de Gracia⁷⁴). Esto ha sido criticado en parte por un sector de la doctrina, que entiende que la misma diligencia que se le exige al antiguo deudor se le puede exigir al acreedor si la insolvencia era pública (siguiendo a De Diego, Castán⁷⁵ y Azurza⁷⁶, también

a la asunción privativa expromisoria, pues en este caso no se cuenta con la voluntad del deudor primitivo, por lo que el acreedor ha de aceptar el riesgo de la insolvencia del nuevo deudor que sólo él ha elegido o aceptado.

⁷³ SANCHEZ ROMAN (*Estudios de Derecho civil*, IV, 2ª ed., Madrid, 1899, pág. 426) distingue dos casos de novación perfecta por delegación en los que pueda reaparecer o subsistir la obligación del primitivo deudor: 1º Cuando el acreedor acepta el cambio de deudor pero conviene que en caso de impago por el nuevo deudor podrá repetir frente al antiguo; y 2º Cuando el nuevo deudor se encuentra en estado de concurso o de insolvencia al tiempo de verificarse la delegación, porque lo contrario sería opuesto a la equidad y favorecería el fraude.

⁷⁴ En relación con los efectos de la insolvencia del nuevo deudor en supuestos de asunción de deuda con liberación del antiguo deudor por vía de delegación, STORCH DE GRACIA (*Construcción jurídica de la asunción de deuda en el Derecho español*, La Ley, 1987-4, págs. 1089-1116, pág. 1114) señala que el deudor primitivo no responde de la bonitas nomini -solvencia- del nuevo deudor frente al acreedor, salvo que la insolvencia hubiese sido anterior y pública o conocida del deudor (primitivo) al delegar su deuda, según expresa el art. 1206 CC. Y añade: Aquí, la ley establece la excepción al efecto liberatorio de la delegación, por razón de la expresa mala fe del deudor cedente -que conocía la insolvencia del nuevo deudor- o la presunta (con carácter iuris et de iure) mala fe del mismo deudor cedente cuando la insolvencia del nuevo deudor era anterior y pública. El autor subraya el carácter excepcional de esta norma, prevista en defensa del crédito y en evitación de fraudulentas manipulaciones de los deudores para perjudicar al acreedor.

⁷⁵ A juicio de CASTAN (*Derecho civil español, común y foral*, III, 16ª ed., Reus S.A., 1992, pág. 499, parece que siguiendo a De Diego), quizá el Código va demasiado lejos, pues si era pública la insolvencia, sería o pudo ser conocida por el acreedor que aceptó la novación.

⁷⁶ Lo mismo opina P.J. AZURZA, en *Notas sobre novación* (R.D.P., 34, 1950-II, págs. 591-618, págs. 613-614): "El supuesto excepcional de que el acreedor pueda hacer revivir su acción contra el primitivo deudor cuando la insolvencia del nuevo fuese anterior y pública o conocida del primero se estableció, sin duda, para evitar el fraude al acreedor; pero -como decía DE DIEGO- quizá se vaya demasiado lejos, pues si la insolvencia era pública, sería o pudo ser conocida por el acreedor que aceptó la novación, por lo que sibi imputet; es decir, que no puede querellarse contra nadie".

lo apunta Storch de Gracia⁷⁷).

Al disponer el legislador que en estos casos no quede liberado el antiguo deudor, no existe lesión del derecho de crédito del propio acreedor que consiente la asunción de deuda por un tercero. Por la misma razón, tampoco los acreedores del acreedor (delegatario) se verán perjudicados en estos casos, sino que podrán subrogarse en lugar de su deudor insolvente para exigir tanto del delegante como del delegado el pago de la deuda (arts. 1.111 y 1.206 CC). Una disposición semejante a nuestro art. 1.206 CC encontramos en el Código italiano⁷⁸.

IV. LA DELEGACION

En el marco general de los actos de apoderamiento (*iussum*), encontramos, entre otras modalidades, la figura de la delegación. Así era en Derecho justinianeo (Kaser⁷⁹, Sancho Rebullida⁸⁰). A su vez, la delegación da cabida a una multitud de formas,

⁷⁷ Señala que en caso de insolvencia pública, esta medida ha recibido críticas por parte de un sector doctrinal, porque la misma diligencia que debió emplear el antiguo deudor para conocer la solvencia del nuevo deudor, puede exigirse también del acreedor antes de aceptar el cambio de deudor (STORCH DE GRACIA; *Construcción jurídica...*, La Ley, 1987-4, pág. 1114).

⁷⁸ En Italia, el artículo 1.274 del *Codice civile* resuelve que el acreedor que, después de la delegación, ha liberado al deudor originario, no tiene acción contra él si el delegado deviene insolvente, salvo que haya expresa reserva. Pero que en caso de ser ya insolvente el delegado al tiempo que asume la deuda frente al acreedor, el deudor originario no queda liberado.

La misma medida se apreciará, sigue diciendo el art. 1.274 del *Codice civile* cuando el acreedor se ha unido a la asunción estipulada en su favor y la liberación del deudor originario era condición expresa de la estipulación.

⁷⁹ Refiriéndose a la delegación, señala: "Es un caso particular del apoderamiento (*iussum*, no técnicamente *mandatum*) y ofrece varias formas" (KASER, M.; *Derecho romano privado*, Reus, S.A., 5ª ed. alemana vertida por J. Santa Cruz, 1968, pág. 243).

⁸⁰ En el mismo sentido, SANCHO REBULLIDA ("*La novación de las obligaciones*", ediciones Nauta, 1964, pág. 45), en el apartado dedicado al estudio de la novación en el Derecho Romano Clásico, indica: "Conviene, (...), precisar un poco la terminología y señalar la relación existente entre *novatio*, *delegatio* y *iussum* (...). La figura más amplia es esta última: el *iussum*, que es el apoderamiento, la declaración unilateral y no formal de

sencillas o complejas, según los casos. Pero la clasificación se hace difícil, dado que la terminología que emplean unos autores y otros no coincide, por lo que sería preciso hacer un estudio detenido sobre la institución de la delegación y sus diversas aplicaciones. Como ese estudio desborda los límites de nuestro trabajo, nos limitaremos a referir distintos casos en relación con el fraude de acreedores, a fin de apuntar posibles soluciones.

Conviene en primer lugar recordar brevemente el esquema de la delegación y aclarar los términos que emplearemos en adelante para referirnos a los distintos sujetos que participan en ella. A estos efectos, nos remitimos a la terminología empleada por el italiano Bigiavi⁸¹.

El esquema de la delegación es siempre el mismo: El delegante apodera al delegado para que pague o entregue al delegatario⁸². La relación entre delegante y delegado se corresponde con la llamada, en el ámbito mercantil, *relación de provisión*. La relación entre delegante y delegatario es la correspondiente a la *relación de valuta*. Según sea la relación de valuta, pueden distinguirse los siguientes tipos de delegación: *delegatio solvendi causa* (para liberarse el delegante de una deuda frente al delegatario); *delegatio credendi causa* (el delegante da crédito al delegatario); *delegatio donandi causa* (para beneficiar el delegante al delegatario)⁸³. Cuando para la ejecución del mandato, el delegante entregue bienes al delegado, no se plantea problema más que para los acreedores del delegante, que se solucionará por la vía correspondiente (en la relación de valuta), siendo irrelevante que

que la actuación de otro ha de tener eficacia contra el declarante. Ofrece muchas aplicaciones. Una de ellas es la delegatio que, de modo tampoco formal, faculta para un pago o para contraer una obligación. Pero a su vez, el iussum en que se funda la delegatio puede ser dandi (credendi o solvendi) o promittendi".

⁸¹ BIGIAVI; *La delegazione*, Padua, 1943, págs. 3-13.

⁸² "En su forma más simple, de acuerdo con la doctrina usual, la delegación es una operación jurídica por medio de la cual una persona (delegante) da una orden o una autorización a otra (delegado), a fin de que realice una prestación o emita una promesa en favor de un tercero (delegatario), todo ello de manera tal que la promesa o la prestación se entienda hecha por cuenta del delegante." (DIEZ-PICAZO; *Fundamentos...*, II, 4ª ed., Cívitas, 1993, pág. 853).

⁸³ La caracterización de estas modalidades de delegación está tomada de BIGIAVI (*La delegazione*, Padua, 1943, págs. 3-4). Es semejante a la clasificación que, referida al Derecho romano, hace M. KASER (*Derecho romano privado*, versión de la 5ª ed. alemana por J. Santa Cruz Teijeiro, Reus, 1968, pág. 243).

haya mediado o no delegación⁸⁴.

Pero si el delegado emplea sus propios bienes en la ejecución del mandato, puede con ello lesionar el interés de sus acreedores. Aunque el delegado tiene siempre una acción de reembolso o repetición frente al delegante, que nace de modo automático con el pago o por la entrega (art. 1.158 CC, y art. 1.728 CC para el mandato y por extensión para cualquier acto de apoderamiento), los intereses de sus acreedores quedarán lesionados de cualquier modo si el delegante es insolvente y el delegado-deudor no cuenta con otros bienes suficientes para hacer frente al pago de sus créditos. A continuación, vamos a ver los distintos supuestos (nos estamos refiriendo exclusivamente a la delegación pasiva de la deuda⁸⁵).

IV.1. Delegatio solvendi causa

No contemplamos ahora un supuesto de asunción de deuda: partimos de que no se ha contado con el consentimiento del acreedor en la delegación. El problema se plantea, como hemos visto, cuando el delegado cumple el mandato empleando para ello sus propios bienes y el delegante es insolvente. En ese caso, los mecanismos de reembolso no alcanzan el efecto compensatorio previsto por la ley (arts. 1.158 y 1.728 CC). Desde este punto, nos remitimos una vez más a las soluciones que enseguida describiremos para el pago de deuda ajena.

IV.2. Delegatio credendi causa

Aquí el problema surge cuando el delegado adelanta con sus propios fondos el crédito que el delegante insolvente le indicó que otorgase al delegatario. Si los acreedores

⁸⁴ Por ejemplo, si se trata de una *delegatio solvendi causa*, el pago es válido y no puede impugnarse si la deuda era vencida; si se trata de una *delegatio donandi causa*, la donación puede impugnarse en las condiciones previstas en el art. 643 CC; si es *delegatio credendi causa*, los acreedores del delegante se subrogarán en su lugar para exigir del prestatario la devolución del crédito.

⁸⁵ La delegación activa tuvo más sentido en el Derecho romano, porque no se admitía la cesión de créditos sin novación. Pero hoy en día este tipo de operaciones tendrá lugar más bien a través de la figura de la cesión.

del delegado no pueden de otro modo hacer efectivo el cobro de sus créditos, se subrogarán en lugar de su deudor para ejercitar la acción frente al prestatario (si es representación indirecta)⁸⁶; o para exigir del delegante el reembolso⁸⁷; o para subrogarse a su vez en el lugar del delegante frente al prestatario (si es representación directa)⁸⁸. A nuestro juicio, no estamos ante un negocio objetivamente fraudulento porque los acreedores cuentan con la acción subrogatoria, de un lado, y porque el préstamo es oneroso, de otro. No estamos ante un acto en sí mismo lesivo. Esto no obsta, lógicamente, para afirmar que sí están legitimados los acreedores perjudicados para impugnarlo si logran probar la intención de defraudar del delegado y del delegatario (*consilium fraudis*) o, al menos, que el delegatario tuvo conocimiento de la intención fraudulenta del delegado (*scientia fraudis*).

IV.3. Delegatio donandi causa

Cuando el delegado ejecuta el mandato del delegante insolvente haciendo la donación con sus propios bienes, ¿cómo queda protegido el interés de sus acreedores si quedó por ello insolvente?

Si la representación es indirecta estamos ante un caso curioso: no aparece el donante. El delegado actuó en nombre propio (aunque por cuenta del delegante) y por esta razón sus acreedores pueden impugnar la donación por la vía del artículo 643 CC; o bien dirigirse frente al delegante subrogándose en lugar de su deudor (art. 1.111 CC, en relación con el art. 1.728 CC). Si se trata de representación directa, el delegado actuó en nombre y por cuenta del delegante, por lo que se complica la impugnación de la donación. En primer lugar, se subrogarán los acreedores en lugar de su deudor para dirigirse contra el delegante (art. 1.111 CC, en relación con el 1.728 CC) y si el delegante resulta insolvente, podrán subrogarse en lugar del delegado que en su cualidad de acreedor puede a la vez impugnar la donación por fraude (art. 1.111 CC, en relación con el art. 1.728 para la subrogación y

⁸⁶ Arts. 1.111 y 1.717 CC.

⁸⁷ Art. 1.111 CC en relación con el art. 1.728-II CC.

⁸⁸ Arts. 1.111 y 1.728-II CC.

con el art. 643 CC para la impugnación)⁸⁹.

V. EL PAGO DE DEUDA AJENA

Supongamos que un acreedor (A) advierte que su deudor ha intervenido como tercero en una relación jurídica que le era ajena, de modo que pagó la deuda con los únicos bienes de que disponía. Con el pago quedaba satisfecha una deuda vencida y exigible y, por tanto, el acreedor pagado (A') merecía protección pues había cobrado lo suyo en un momento en que su deudor pudo ser compelido al pago. Pero el tercero que pagó corre con el riesgo de que los mecanismos de reintegración o reembolso no tengan buen fin por ser insolvente el deudor cuya deuda se pagó. En tales circunstancias, ¿hasta qué punto tiene que soportar su acreedor (A) también este riesgo? Veamos brevemente la estructura y efectos de estas operaciones para precisar después los criterios de tratamiento del fraude que nos parecen más adecuados.

Como es sabido, el pago de una obligación puede realizarlo cualquiera, no sólo el obligado⁹⁰. Como explica el Profesor Rodrigo Bercovitz, el pago del tercero es válido y eficaz con independencia de cual sea la voluntad del deudor, si bien esa voluntad del deudor, como la del acreedor, sí incidirán en cuales sean los efectos derivados del pago en relación con el tercero: *Cualquier tercero -señala el Profesor- puede pagar prescindiendo totalmente de las voluntades de acreedor y deudor respectivamente, sin contar con su consentimiento; en contra de uno de ellos o de los dos. Ciertamente que la falta de consentimiento del acreedor o del deudor puede incidir en las consecuencias del pago, pero no en su validez y eficacia de extinción de la obligación o subrogación del tercero en los derechos del*

⁸⁹ Estamos ante un caso que presenta peculiaridades en cuanto a la reintegración del bien en el patrimonio deudor, efecto propio de la revocatoria. Se impugna la donación hecha por cuenta y en nombre del delegante pero con bienes del delegado, y la impugna el propio delegado (o sus acreedores por subrogación) en su calidad de acreedor (art. 1.728 CC).

⁹⁰ En cuanto a la posibilidad del tercero de pagar la deuda ajena, queda a salvo de lo dicho lo dispuesto en el art. 1.161 CC.

acreedor⁹¹. En este sentido se pronuncia también Hernández Moreno⁹².

Lo que interesa señalar es que en todo caso el ordenamiento dispone una compensación económica del pago realizado por tercero. En general, el pago de la deuda ajena hace que surja, *ex lege*, una acción de reembolso a favor de quien lo efectúa y frente al deudor que no se opuso expresamente a ello (art. 1.158-II CC). Y si bien el deudor nunca puede evitar el pago de su deuda por un tercero, se ha dispuesto por otra parte que su oposición al pago (su voluntad expresa en contra) afecte a la acción de reembolso, que queda reducida a los justos términos del enriquecimiento (Hernández Moreno⁹³). No quiso interpretarlo así García Goyena, que negó en este caso toda acción de regreso sobre la presunción de que quien obró así quiso donar⁹⁴. Pero en el Código civil se añade un último párrafo al art. 1.158 CC (que no aparece en su precedente en el Proyecto de 1851⁹⁵) probablemente para evitar confusiones y con ello aparece clara e indiscutida la voluntad del legislador de compensar siempre y en todo caso, de algún modo, el desembolso que realiza quien paga la deuda ajena (art. 1.158 CC).

Es sabido también que el efecto propio del pago es la extinción de la deuda (art. 1.156 CC). Y hemos visto que cuando el pago lo realiza un tercero el ordenamiento

⁹¹ BERCOVITZ, R.; *Comentario del Código civil*, II, Ministerio de Justicia, 1993, pág. 166.

⁹² HERNANDEZ MORENO; *El pago del tercero*, Bosch, 1983, pág. 103.

⁹³ HERNANDEZ MORENO (*El pago del tercero*, Bosch, 1983) explica que el deudor nunca puede evitar el pago de su deuda por un tercero, entre otras razones, porque es la ley la que legitima al tercero para el pago, con independencia de la voluntad del deudor (pág. 108). La oposición del deudor no afecta a la extinción del crédito, que se producirá de todas formas. Sí afecta a la acción de reembolso, que es reemplazada por una acción por el enriquecimiento (pág. 109).

⁹⁴ Señalaba GARCIA GOYENA (*Concordancias...*, 1852, reimpresión de 1974, Zaragoza, pág. 590) que en este caso *el que pagó no tiene de qué quejarse, antes bien debe presumirse que quiso donar*.

⁹⁵ Artículo 1.099 del Proyecto de 1851.- *Puede hacerse el pago por cualquiera persona que tenga algún interés en el cumplimiento de la obligación. Puede hacerse también por un tercero, no interesado, que obre consintiendo expresa o tácitamente el deudor.*

Puede hacerse igualmente por un tercero, ignorándolo el deudor.

En este caso, el tercero tendrá derecho para repetir contra el deudor lo que hubiere pagado; si pagó contra la voluntad del deudor, no podrá repetir contra éste.

compensa ese desembolso reconociéndole una acción de regreso (art. 1.158-II CC), como regla general. Sin embargo, el pago puede producir en ocasiones otros efectos (por ejemplo, la subrogación del *solvens* en lugar del acreedor o la transmisión del crédito). En efecto, nuestro Código civil presume en determinados supuestos que quien paga se subroga en el derecho de crédito del acreedor (art. 1.210 CC, presunciones que es discutible que admitan prueba en contrario: en contra, Sancho Rebullida⁹⁶; a favor, Hernández Moreno⁹⁷), o consiente que quien paga pueda compeler al acreedor para subrogarse en sus derechos (art. 1.159 CC *a contrario*); o bien, con carácter general, admite que se convenga la subrogación entre acreedor y tercero (art. 1.209 CC)⁹⁸. En todos estos casos los medios de

⁹⁶ Se trata de presunciones *iuris et de iure*, a juicio de SANCHO REBULLIDA (*Comentario del Código civil*, II, Ministerio de Justicia, 1993, art. 1.209, pág.311; y art. 1.210, pág. 312. El autor va aún más lejos y opina que el precepto *imponer el efecto subrogatorio* ministerio legis *cuando el tercero solvens se encuentra en alguna de las tres circunstancias enumeradas, y ello, sin y aun contra la voluntad del acreedor accipiens*).

⁹⁷ A juicio de A. HERNANDEZ MORENO (*El pago del tercero*, Bosch, 1983), si bien la ley presume la subrogación, la presunción se destruye por la prueba de la intención de extinguir la deuda (pág. 114). En torno a la subrogación, el autor opina que la forma de pago que deja paso a la subrogación no puede ser la de intervenir en nombre del deudor porque extinguiría el crédito. El tercero al que se transmite el crédito paga en su propio nombre. De este modo, satisface al acreedor pero no extingue la deuda (pág. 85). A juicio del autor, *para poder obtener la subrogación, para poder compeler al acreedor a la cesión de sus derechos o para obligarle a la sustitución será indispensable utilizar otra forma de pago que se incorpore, en tanto que requisito de ejercicio, a una legitimación distinta, cual la legitimación para adquirir por subrogación* (págs. 117-118). Afirma (págs. 174-175) que cuando paga un fiador o un deudor solidario se les presume un interés propio en no extinguir el crédito, que les servirá para reclamar el pago del deudor principal o del codeudor solidario (art. 1.210-3º CC). En el caso del fiador, puede actuar en interés propio o ajeno, y subrogarse o extinguir el crédito (pág. 176). El deudor solidario, sin embargo, extinguirá siempre el crédito en la parte de deuda que le sea propia, mientras que en la parte de deuda que deba no-exclusivamente podrá subrogarse o extinguirla (art. 1.210-3º último inciso CC) (págs. 178-179). El autor destaca que la subrogación es un beneficio que la ley otorga pero siempre que la persona tenga un interés (pág. 184). A su juicio, el art. 1.210 CC se puede leer del siguiente modo: *"Se presume que paga en nombre propio: (...) "* (pág. 250). Sólo en esos casos -señala- presume la ley que el pago se hizo expresando la voluntad de no extinguir la deuda.

⁹⁸ La subrogación convencional tiene lugar por el acuerdo entre acreedor y tercero anterior o simultáneo al pago, y *no requiere el consentimiento del deudor* (SANCHO REBULLIDA; *Comentario del Código civil*, II, Ministerio de Justicia, 1993, art. 1.209, pág. 311; cita las SS.TS 24 enero 1967 y 12 junio 1976).

Dejamos a un lado los supuestos de subrogación legal, tales como la del fiador en los

compensación del desembolso efectuado son otros (la subrogación o la cesión de créditos), más fuertes, eficaces o seguros que la mera acción de reembolso⁹⁹. Aunque se discute la cuestión (y no entraremos en ello), la subrogación se ha entendido como una excepción a la regla general de la extinción del crédito por el pago (Hernández Moreno¹⁰⁰; En contra, Ana Cañizares Laso¹⁰¹). En ese sentido, se dice que la subrogación produce o al menos equivale a la transmisión de la titularidad del crédito (Díez-Picazo¹⁰², Sancho Rebullida¹⁰³), sin que ello implique necesariamente la novación extintiva de la obligación (Sánchez Román¹⁰⁴,

derechos del acreedor frente al deudor afianzado (art. 1.837 CC), porque no se trata de casos en que la lesión del derecho de crédito tenga su origen en el pago con subrogación, que es lo que tratamos de estudiar ahora, sino que la lesión sería previa (en este caso estaría en el acto de constitución de la fianza, de donde nace la obligación).

⁹⁹ Señala DIEZ-PICAZO (*Fundamentos...*, II, Cívitas, 4ª ed., 1993, pág. 827) que *la subrogación es una medida de protección del subrogado superior en efectos a la concesión de una pura acción de reembolso: el subrogado ejercita el crédito inicial que adquiere, lo ejercita con toda su integridad y con todas las facultades a él anexas como los privilegios y las garantías.*

¹⁰⁰ HERNANDEZ MORENO; *El pago del tercero*, Bosch, 1983, págs. 8, 12-14, entre otras. Como señala este autor, el art. 1.164 CC rompe la simetría *satisfacción del acreedor-extinción de la deuda*, porque recoge un supuesto de pago que extingue la deuda pero no satisface al acreedor (pág. 77). A la inversa, el pago puede también satisfacer sin extinguir (art. 1.159 CC, *a contrario*) (pág. 83). Es lo que Hernández Moreno denomina *pago heteroeficaz* (en la obra citada, pág. 87). Son los supuestos de pago con subrogación.

¹⁰¹ El pago con subrogación se planteó por la doctrina francesa como distinto a la cesión de créditos y -como a tal pago- se le asoció el carácter extintivo de la deuda. Al destacar estas ideas, entre otras, Ana CAÑIZARES LASO (*El pago con subrogación*, Cívitas, 1996, págs. 75-76 y 84) ha querido señalar que a su juicio el pago con subrogación supone la extinción del crédito a la que no sigue la extinción de las garantías.

¹⁰² "La subrogación produce una transmisión de la titularidad del crédito, que pasa del antiguo acreedor ya satisfecho a la persona que se subroga en él. La transmisión tiene por objeto el derecho de crédito con todos los derechos y facultades accesorias o inherentes al mismo, como son, en particular las garantías, los privilegios y el derecho a los intereses y a las restantes prestaciones accesorias" (DÍEZ-PICAZO; *Fundamentos...*, II, Cívitas, 4ª ed., 1993, pág. 832).

¹⁰³ En el mismo sentido que el anterior, SANCHO REBULLIDA (*Comentario del Código civil*, II, Ministerio de Justicia, 1993, art. 1.209, pág. 313).

¹⁰⁴ En este sentido se pronuncia SANCHEZ ROMAN (*Estudios de Derecho civil...*, IV, 2ª ed., Madrid, 1899, pág. 427) refiriéndose al Derecho anterior al Código civil.

Sancho Rebullida citando a Espín¹⁰⁵, Díez-Picazo¹⁰⁶, Castán¹⁰⁷). Y a partir de aquí puede sostenerse lo que nos interesa destacar y es que la doctrina normalmente no encuentra reparos para establecer un paralelismo entre el pago con subrogación y la cesión de créditos (Los identifican prácticamente, Espín Cánovas¹⁰⁸, o García Amigo¹⁰⁹; Señalan las diferencias, Díez-Picazo¹¹⁰, Sancho Rebullida¹¹¹; En sentido similar, Tur Faundez¹¹²).

¹⁰⁵ Con respecto al pago con subrogación, SANCHEZ REBULLIDA (*La novación de las obligaciones*, Nauta, 1964, pág. 161) se refiere a la obra de Espín Cánovas, que niega que por el pago de tercero se extinga necesariamente la obligación; dicho de otro modo, afirma que el pago con subrogación no supone novación: *"Y con referencia al Código civil español afirma (Espín Cánovas) que basta la lectura del art. 1212 para comprender cómo, no obstante encontrarse estos artículos en la Sección de la novación, no se trata de una forma novatoria (...), sino de la transmisión pura y simple de una obligación en su aspecto activo"*. Y, en el mismo texto explica Sancho Rebullida (pág. 163) que *en el Derecho del Código civil la novación (propia, extintiva) subjetiva activa, siendo posible al amparo del art. 1255 no tiene la función desempeñada en el Derecho romano pues, (...), se puede obtener el cambio de acreedor sin necesidad de extinguir el primer vínculo y hacer nacer uno nuevo en su lugar*.

¹⁰⁶ DIEZ-PICAZO (*Fundamentos...*, II, Cívitas, 1993, pág. 826) tampoco estima que la subrogación en el crédito suponga auténtica novación de la obligación.

¹⁰⁷ También CASTAN (*Derecho civil español...*, III, 16ª ed., Reus S.A., 1992, pág. 499) indica que aunque el Código civil hable de novación en el caso de la subrogación por pago, *no es novación propia*.

¹⁰⁸ ESPIN CANOVAS (*Sobre el pago con subrogación*, R.D.P., 1942) plantea los problemas a que da lugar el pago con subrogación en el plano teórico y explica las distintas interpretaciones doctrinales al respecto. El autor concluye afirmando que *"la subrogación es una forma de transmisión de los créditos que no presenta ninguna diferencia fundamental con la cesión, por lo que hay que afirmar su identidad con ésta; ambas instituciones tienen su origen común en el Derecho romano, donde, como hemos visto, se explica la subrogación como una cesión, siendo, por consiguiente, aquélla una de las formas de ésta"* (pág.325).

¹⁰⁹ También M. GARCIA AMIGO (*Comentario del Código civil*, II, 1993, Ministerio de Justicia, art. 1.112, pág. 72) señala entre los modos de transmisión del derecho de crédito la subrogación por pago y cita la S.T.S. de 29 de mayo de 1984, en que se afirma que *el pago con subrogación es una de las figuras de sucesión en el crédito con sustancial identidad a la modalidad de cesión regulada en los arts. 1.526 y ss.*

¹¹⁰ En diverso sentido, DIEZ-PICAZO (*Fundamentos...*, II, Cívitas, 4ª ed., 1993, pág. 827) estima que *es indudablemente inexacto llegar a afirmar que existe identidad entre ambas figuras porque el hecho de que el traspaso del crédito se produzca por subrogación excluye la aplicación de las reglas del régimen jurídico de la cesión (en especial v.gr., la obligación de garantía que en la subrogación no tiene aplicación)*. Y señala que la diferencia obedece

Recientemente, Ana Cañizares ha destacado con ejemplaridad las diferencias entre ambas figuras¹¹³. No obstante, la autora reconoce que actualmente la mayoría de los autores admiten que la subrogación produce la transmisión del crédito, por lo que llegan a la práctica asimilación de la subrogación con la cesión de créditos¹¹⁴. Con independencia de la opción que se tome en torno a si el pago con subrogación extingue o no el primitivo crédito, creemos que no hay problema para partir de una aproximación de ambas figuras (pago con subrogación y cesión de créditos) en cuanto se refiere a los efectos que producen.

En definitiva, dos cosas son las que vamos a tener en cuenta para dar solución al problema que inicialmente planteamos: Una, que en todo caso se ha previsto algún mecanismo para compensar económicamente el desembolso realizado; Otra, que el pago con subrogación puede tratarse de modo semejante a la cesión de créditos. Los acreedores del

también a la distinta función económica que cumplen una y otra y a los distintos intereses que tratan de proteger. Así, *la cesión es siempre negocial*, y el crédito un bien objeto del tráfico jurídico; mientras que la subrogación *realiza en interés del subrogado un interés de recuperación o de realización en vía de regreso de un desembolso patrimonial que ha sido efectuado al acreedor satisfecho*.

¹¹¹ SANCHEZ REBULLIDA (*Comentario del Código civil*, II, Ministerio de Justicia, 1993, art. 1.209, págs. 311-312) se pregunta si cabe el acuerdo de subrogación entre el acreedor y un tercero que no sea el que paga la deuda. Resuelve que sí, pero que en ese caso estamos ante una cesión de crédito, no en un supuesto de subrogación.

¹¹² TUR FAUNDEZ (*El derecho de reembolso*, Editorial General de Derecho, Valencia, 1996, págs. 30-32) destaca cómo la doctrina mayoritaria aproxima las figuras del pago con subrogación y la cesión de créditos, si no en cuanto a la naturaleza sí al menos en cuanto a los efectos.

¹¹³ CAÑIZARES LASO; *El pago con subrogación*, Cívitas, 1996, págs. 61-73. Con expresión vehemente deja claras las diferencias entre el pago con subrogación y la cesión de créditos. Destaca el carácter de *pago* de la primera de estas figuras que busca la protección del interés del que paga (en el regreso y en las garantías del crédito), que lo distingue del carácter de *negocio* de la cesión de créditos que busca proteger el interés en la circulación del crédito (especulación) (págs. 69, 71, 76). Como decíamos antes, siguiendo a la doctrina francesa la autora opina que el pago supone la extinción del crédito, aunque se trate de pago con subrogación. En este caso, lo único que se conserva son las garantías del crédito extinguido, de las que se puede valer el subrogado para cobrar por la vía de regreso (págs. 84, 76 y 131, entre otras). En la cesión de créditos, por el contrario, hay una verdadera transmisión del crédito mismo con las garantías que pudiera tener.

¹¹⁴ Págs. 58-59 de la obra que citamos.

tercero¹¹⁵ que adviene a la relación obligatoria y paga al acreedor pueden resultar perjudicados en sus respectivos derechos de crédito, como vamos a ver, si su deudor es insolvente. Tanto si el tercero se limitó a pagar la deuda ajena como si además se subrogó en lugar del acreedor, creemos que la protección que merece el acreedor pagado puede obstaculizar en cierto modo la objetivación del fraude, según explicamos a continuación.

V.1. Si no hubo subrogación

Cuando el tercero paga la deuda ajena en interés del deudor, a fin de extinguirla, puede hacerlo por libre iniciativa o por mandato del deudor¹¹⁶. Creemos que el tratamiento del fraude de acreedores sigue las mismas pautas en uno y otro caso¹¹⁷. Se trata de supuestos en que el tercero actúa en interés ajeno y el pago extingue la deuda sin dar lugar a la subrogación¹¹⁸. Si el tercero actúa por libre iniciativa y paga la deuda ajena, estamos ante un supuesto de gestión de negocios ajenos. El pago entonces dará lugar, como hemos visto, a la acción de reembolso con carácter general¹¹⁹ o -excepcionalmente- a una

¹¹⁵ Tercero es todo no-deudor que no lo sea de una manera exclusiva; es decir, puede serlo cualquiera menos el deudor único y exclusivo (por ejemplo, el deudor solidario puede ser tercero), siguiendo a A. HERNANDEZ MORENO (*El pago del tercero*, Bosch, 1983, pág. 131).

¹¹⁶ Seguimos aquí a HERNANDEZ MORENO (*El pago del tercero*, Bosch, 1983, págs. 139-154).

¹¹⁷ Esto porque no observamos distintos efectos que puedan conducir a soluciones diferentes. En uno y otro caso, se trata del pago de deuda ajena sin subrogación, del que nace una acción de reembolso. Por esta razón, cuando tratamos la *delegatio solvendi causa* y la expromisión nos remitíamos a las soluciones que damos en este apartado.

¹¹⁸ En este sentido, señala A. HERNANDEZ MORENO (*El pago del tercero*, Bosch, 1983, pág. 154) que en estos casos los efectos del pago no pueden ser más que extintivos.

¹¹⁹ Nos referimos a los supuestos en que el gestor paga ignorándolo el deudor (salvo que, por ejemplo, se probase que fue una donación, art. 1.894 CC) y a aquellos en que el gestor pagó con el conocimiento y aprobación del deudor. M^a N. TUR FAUNDEZ (*El derecho de reembolso*, Editorial General de Derecho, Valencia, 1996, pág. 27) define el derecho de reembolso como *la posibilidad que tiene quien ha cumplido, de que la carga final del cumplimiento recaiga, en todo o en parte, sobre otra persona*. A juicio de la autora, el fundamento de la acción de reembolso se encuentra en la gestión de negocios ajenos (pág. 55). Podemos concluir que la acción de reembolso del artículo 1893.1 -señala- es de carácter

acción por el enriquecimiento¹²⁰ (art. 1.158-II y III CC).

Como se ve, el propio ordenamiento ha previsto los mecanismos de compensación del desembolso realizado por el tercero, articulando en su favor la correspondiente acción de reintegro que lleva apreciar una cierta onerosidad en un sentido muy amplio¹²¹. De ello se benefician también los acreedores del tercero que pagó la deuda ajena, por cuanto podrán subrogarse en su lugar para el ejercicio de estas acciones, si no disponen de otro medio para satisfacer sus créditos (art. 1.111 CC). Pero los acreedores del tercero pueden verse afectados negativamente cuando el deudor cuya deuda se saldó es

*general, y que la del artículo 1158.2 es una más de las posibles acciones de reembolso que pueden encuadrarse dentro del régimen general de la acción del artículo 1.893.1 CC (pág. 55). Los requisitos subjetivos para el ejercicio de la acción serían el pleno conocimiento de la "ajenidad" de la deuda; el *animus solvendi* en el momento del pago; y que el *dominus* (deudor) no se oponga a la gestión (pág. 62-63). En cuanto al objeto del derecho de reembolso, señala que no es una prestación de dar o hacer sino una indemnización por los gastos y perjuicios del gestor (pág. 201).*

¹²⁰ Se trata, como vimos, del supuesto en que el pago lo realiza el gestor con conocimiento del deudor y a pesar de la oposición manifestada por éste. M^a N. TUR FAUNDEZ (*El derecho de reembolso*, Editorial General de Derecho, Valencia, 1996, pág. 69) opina que la acción prevista en el último párrafo del art. 1.158 CC (acción *in rem verso*) es una manifestación de la genérica acción de enriquecimiento sin causa (...) que funciona en nuestro Derecho cuando la ventaja se adquiere a través de un tercer patrimonio.

¹²¹ Se pretende con estas acciones una *satisfacción, en vía de regreso, del interés del pagador*, como señala A. HERNANDEZ MORENO (*El pago del tercero*, Bosch, 1983, pág. 109). Y es interesante, a nuestro juicio, la siguiente apreciación. Cuando introduce su trabajo sobre "*El derecho de reembolso*" (Editorial General de Derecho, Valencia, 1996, pág. 21), M^a N. TUR FAUNDEZ describe el panorama general de nuestro ordenamiento en que se ubican estas acciones de repetición o regreso, con matices que nos hablan de una compensación legal del desembolso realizado: "*Nuestro sistema económico se basa en la idea de que los intercambios de bienes y servicios entre las personas están fundados en la conmutatividad, de donde se desprende la excepcionalidad que el la economía tienen los actos gratuitos. Esta idea se plasma en el Derecho en dos reglas: la primera es la imposibilidad de que se produzca ninguna atribución patrimonial sin una causa que la justifique, o lo que es lo mismo, la prohibición general del enriquecimiento sin causa; y la segunda, que en el intercambio de bienes y servicios debe guardarse el mayor equilibrio posible, lo que da lugar al principio de la equivalencia de las prestaciones en materia contractual*". Los mecanismos previstos en nuestro ordenamiento, señala la autora (pág. 28) para el reintegro del desembolso realizado por un tercero para pagar la deuda ajena son los tres siguientes: a) la subrogación; b) el derecho de reembolso; y c) la *actio in rem verso* (en la medida en que haya sido útil el pago). Y decimos que nos parece interesante porque se aprecia aquí el carácter casi oneroso del pago realizado por tercero (no es oneroso en sentido estricto, sino en sentido muy amplio, en cuanto a los mecanismos de compensación).

insolvente, ya que entonces los mecanismos jurídicos que acabamos de describir no consiguen alcanzar el fin para el que fueron dispuestos. El pago de tercero ha lesionado el derecho de crédito de sus propios acreedores en beneficio del deudor de la obligación intervenida pero, sobretodo, en beneficio del acreedor pagado (que de otro modo no habría podido cobrar).

La objetivación del fraude tropieza con alguna dificultad en este caso. La razón es la siguiente: el acreedor cobra de buena fe lo que le era debido y lo que podía exigir del deudor. Puede pensarse que tiene aplicación el principio de protección al acreedor diligente. Además, puede decirse que el acto del pago no es en sí mismo lesivo ya que existen mecanismos legales de compensación del desembolso realizado. La lesión no proviene del acto en sí realizado en estado de insolvencia del *solvens*, sino de factores externos al mismo: en particular, de la insolvencia del deudor de la obligación pagada. Sin embargo, no parece que por esta vía lleguemos a una solución satisfactoria, pues a todas luces la lesión del crédito resulta en estos casos digna de protección. No parece admisible el beneficio del acreedor ajeno a costa del perjuicio de los propios acreedores.

A una solución más conforme con la equidad, a nuestro juicio, llegamos con otro planteamiento. Es el siguiente: En primer lugar, puede decirse que por tratarse de un pago, son de aplicación las reglas previstas para los pagos hechos en estado de insolvencia, y por tanto el pago es revocable si la deuda no estaba vencida o no era exigible (art. 1.292 CC)¹²². Sin embargo, nos ha parecido que a estas reglas debemos añadir otra -específica del caso que estamos considerando- por razón de la persona del *solvens*, que no es el deudor sino un tercero. Esta regla es una excepción a otra general en materia de pagos (según la cual no se admite la revocación por fraude de los pagos hechos por cuenta de deudas vencidas y exigibles, como vemos al tratar el tema de los pagos realizados en estado de insolvencia). Creemos que esa regla general puede excepcionarse cuando el pago lo realiza un tercero. En este sentido, estimamos que puede revocarse el pago de una obligación vencida y exigible realizado por un tercero cuando quede probado que hubo *consilium fraudis*. Esto por las siguientes razones, que distancian el supuesto del de la regla general: 1ª En este caso, el

¹²² Como ya vimos, el artículo 1.292 CC declara *rescindibles los pagos hechos en estado de insolvencia por cuenta de obligaciones a cuyo cumplimiento no podía ser compelido el deudor al tiempo de hacerlos*. Al aplicar este precepto al caso que estamos considerando no puede confundirse la imposibilidad de compeler al tercero que paga con la imposibilidad de compeler al deudor al tiempo de hacerse el pago. El supuesto de hecho del artículo se refiere a esto último.

acreedor cobra de una persona que actúa sin obligación de hacerlo, que no puede ser compelida por él al pago; 2ª En este caso, el deudor cuya obligación se paga es un beneficiado por el pago del tercero; 3ª En este caso, el tercero que interviene en la relación obligatoria (*solvens*) asume el riesgo de la insolvencia del deudor en vía de regreso.

Ahora bien, aun cuando no hubo *consilium fraudis*, si el primer deudor es insolvente, ¿estará legitimados los acreedores del tercero para impugnar el pago cuando no dispongan de ningún medio para hacer efectivo el cobro?

De nuevo surge aquí la cuestión del sustrato económico de la operación como elemento que puja por ser relevante a efectos del fraude. El tercero que paga asume el riesgo de la insolvencia del deudor, sea o no conocida. Pero, ¿deben asumirlo también sus acreedores para evitar que lo padezcan los acreedores del deudor, que ya tenían esa insolvencia como realidad? El móvil de favorecer a un acreedor ajeno por encima del interés de los propios acreedores personales está más allá de la causa gratuita y genera un favor hacia un tercero que no le es debido. No es en sí mismo gratuito, ni en sí mismo es favorecedor, pues se compensa por un mecanismo legal de recuperación (arts. 1.158-1.159 CC). Pero indirectamente, cuando las acciones previstas en esos preceptos no alcanzan su fin, sí es un acto favorecedor. El acreedor que ha cobrado se libera de un riesgo que tenía. Visto así el pago, encontramos que existe un sustrato económico en la operación realizada que puede ser significativo jurídicamente: el traslado del riesgo; la operación *asunción de riesgo-liberación de riesgo*. Se trata de una operación que no está dentro de la onerosidad: un dar dinero seguro a cambio de un riesgo. Ese es el sustrato económico que conviene analizar. Más allá de la causa gratuita hay otra idea que estimamos que pudiera ser relevante a efectos del fraude: el sustrato económico que beneficia a unos en perjuicio de otros. Por ejemplo, en materia de transferencias patrimoniales, encontramos esta problemática en la venta de favor con perjuicio de acreedores. Y, en materia de transferencia de riesgos, en el caso que estamos contemplando, el pago del tercero sin subrogación. En uno y otro caso, no admite de momento nuestro ordenamiento la objetivación del fraude, pero creemos que tampoco debe descartarse definitivamente. Antes bien, creemos que es posible la impugnación por la insolvencia del primer deudor, por las razones que hemos apuntado.

Como decíamos, el pago del tercero admite una regla específica por razón de la persona del *solvens*, que permite la revocación por fraude aunque la deuda fuera vencida y exigible. Y así, entendemos que el acto es revocable si el acreedor cobró con la clara conciencia de su colaboración al fraude de los acreedores del tercero que le pagaba (*fraus omnia corrumpit*). Por ejemplo, cuando el acreedor y el tercero conocían la insolvencia

patrimonial del deudor y del propio tercero, que haría imposible el cobro de los acreedores de este último. Pero hemos visto que también es posible impugnar el pago aun cuando no quede probado el *consilium fraudis*, cuando el primer deudor es insolvente.

V.2. El pago con subrogación

Si se produjo la subrogación nos hallamos ante un supuesto que suele equipararse a la cesión de créditos, según hemos visto. En este intento de aproximación, diríamos que la cantidad entregada en concepto de pago de la deuda ajena desempeña la función del precio en la venta de créditos. Se aplican las reglas de tratamiento de los contratos onerosos, como si se tratase de una cesión onerosa del crédito. Luego la revocación del pago con subrogación requiere la prueba del conocimiento que tuvieron el acreedor y el tercero de la lesión que causaban a los acreedores de este último (*consilium fraudis*). En concreto, el pago con subrogación podría revocarse por fraude de acreedores si tanto el acreedor pagado como el *solvens* tenían conocimiento del estado de insolvencia en que se hallaba el deudor.

Pongamos el caso de un tercero que queda en estado de insolvencia frente a sus acreedores a causa del pago que hace de una deuda ajena. Supongamos que se trata de un pago con subrogación. Podría decirse que el desembolso ha sido compensado con el crédito del que ahora es titular. Pero a nuestro juicio, y trasladando aquí el régimen de los negocios onerosos realizados en estado de insolvencia, puede y debe tener relevancia en estos casos el sustrato económico de la operación a efectos del fraude de acreedores. Así, hay que advertir que será muy distinto que el tercero se subroga en un crédito debidamente garantizado (en este caso seguramente no hay problema), que si se subroga en un crédito sin garantías para el cobro, o en el crédito frente a un deudor totalmente insolvente. En el primer caso, el valor del crédito coincidirá con el del pago que se hizo al acreedor; en el segundo caso, quizás sea menor el valor del crédito en que se subroga que lo que se pagó por él puesto que se asume un riesgo mayor de no poder cobrarlo; en el tercer caso, el valor del crédito es prácticamente nulo y si se pagó por él el montante de la deuda la operación se aproxima a lo objetivamente fraudulento. La problemática es la que dejamos planteada al tratar de los contratos onerosos en que falta el equilibrio de las prestaciones y nuestra opinión al respecto coincide en materia de pago con subrogación con la que expresamos al ocuparnos de aquellos (optamos por la flexibilidad a la hora de una posible objetivación del fraude).

VI. LA CESION DE CREDITOS¹²³

El valor patrimonial del derecho de crédito hace posible su transmisión al patrimonio de un tercero, que se convierte en nuevo acreedor. Acabamos de ver en el pago con subrogación un camino para llegar al cambio del titular del crédito, sin necesidad de novación¹²⁴. Otro modo previsto en nuestro ordenamiento es la cesión de créditos¹²⁵, negocio que no requiere el consentimiento del deudor¹²⁶ y cuya causa puede ser de muy

¹²³ F. PANTALEON (*Cesión de créditos*, (voz) Enciclopedias Jurídicas Cívitas, I, 1995, págs.1021-1025, pág. 1.021) define así el negocio de cesión de créditos: *"Hablamos de cesión (ex voluntate, inter vivos) de créditos, cuando, por virtud de un acuerdo de voluntades entre el antiguo y el nuevo acreedor (cedente y cesionario), la titularidad del derecho de crédito se transmite del primero al segundo, quien se subroga o subentra en la posición jurídica del primitivo acreedor"*.

¹²⁴ Es un supuesto de modificación subjetiva de la obligación. En este sentido, por ejemplo, DIEZ-PICAZO (*Fundamentos...*, II, Cívitas, 1993, 4ª ed., pág. 792).

¹²⁵ SANCHEZ ROMAN (*Estudios de Derecho civil*, IV, 2ª ed., Madrid, 1899, pág. 427) distinguía así entre novación por cambio de acreedor y cesión del crédito (en relación al Derecho anterior al Código civil): *"Ciertamente que con la cesión y venta del crédito puede obtenerse el mismo resultado que con la novación por cambio de acreedor; pero así como en ésta es preciso el consentimiento del deudor, en la cesión o enajenación del crédito basta que el deudor tenga noticia de la misma, pero no se necesita el concurso de su voluntad, ni en aquélla se extingue el crédito, sino que se traspasa."*

En cuanto al efecto fundamental de la cesión del crédito es que éste entre con plena eficacia, en el patrimonio del nuevo acreedor. Pero esto sólo -como señala Oertmann- en la extensión en que lo exija la voluntad determinante de la cesión (OERTMANN; *Transmisión de obligaciones*, R.D.P., 1923, págs. 99-117, pág.108).

¹²⁶ PANTALEON (*Cesión de créditos*, Enciclopedias Jurídicas Cívitas, I, 1995, págs.1021-1025, pág. 1.022) niega que deba siquiera comunicarse al deudor la cesión para que ésta tenga lugar: *"La notificación de la cesión al deudor no es un elemento constitutivo del supuesto de hecho de la transmisión del crédito del cedente al cesionario"*. Pero señala también que existen excepciones a la regla según la cual *sujetos de la cesión son sólo el cedente y el cesionario y no es preciso el consentimiento del deudor para la validez y plena eficacia del negocio (art. 347.I C de C)*. Estas excepciones son las siguientes: *cuando exista un pactum de non cedendo, o cuando la cesión del crédito resulte en principio excluida por razón, exclusivamente, del interés protegible del deudor en no realizar la prestación en favor de persona distinta del originario acreedor* (pág. 1022).

diversos tipos¹²⁷. En función de cuál sea la causa de la cesión de créditos, se resolverá la cuestión de saber si y hasta qué punto el cedente tiene que responder al cesionario¹²⁸. A modo de ejemplo, nos detendremos sólo en la cesión de créditos a título oneroso (en particular, la venta de créditos) y en la cesión de créditos a título gratuito en general¹²⁹.

¹²⁷ PANTALEON (*Cesión de créditos*, A.D.C., 1988, págs. 1033-1131, pág. 1039) niega el carácter abstracto de la cesión de créditos. El mismo autor (*Cesión de créditos*, Enciclopedias Jurídicas Cívitas, I, 1995, págs. 1021-1025, pág. 1.021) explica que *de la misma forma que no existe un unitario y autónomo negocio jurídico de transmisión de la propiedad y los demás derechos reales (ni abstracto ni causal), no existe tampoco un negocio jurídico unitario y autónomo de cesión de créditos. Que la cesión del crédito no es sino el efecto jurídico común a toda una serie de contratos diferentes entre sí (compraventa de crédito, donación de crédito, dación de crédito en pago, etc.), que tienen por objeto derechos de crédito.*

NAVARRO PEREZ (*La cesión de créditos en el Derecho civil español*, Comares, 1988, 302 págs., pág. 42) distingue entre el acto, el objeto y el efecto: "(...) que el acto será el negocio jurídico traslativo, entiéndase donación, permuta, dación en pago, etc.; el objeto sobre el que versa el acto es el crédito; y, por último, el efecto producido por el negocio, que será el paso de la titularidad activa del crédito de manos de una de las partes contratantes a las de la otra, o sea, la cesión del crédito."

¹²⁸ OERTMANN (*Transmisión de obligaciones*, R.D.P., 1923, pág. 112). El autor explica que tanto el Derecho romano como el moderno Derecho civil alemán distinguen a este propósito según que la cesión tenga lugar a título gratuito u oneroso; si el crédito se cede por donación, el cedente no quedará vinculado, en principio, por responsabilidad alguna, mientras que si se trata de una venta, deberá responder en cuanto a la existencia del crédito.

¹²⁹ En cuanto a otros tipos de cesión, PANTALEON (*Cesión de créditos*, A.D.C., 1988, págs. 1033-1131) niega que nuestro sistema admita la cesión de créditos con finalidad de cobro. En este caso, el "cedente" seguirá siendo a todos los efectos único y verdadero acreedor. La "cesión" no producirá otra consecuencia jurídica que la de legitimar al "cesionario" para hacer valer el crédito, para exigir al deudor la prestación en nombre propio (pág. 1039). En este caso, el embargo del crédito por los acreedores del "cedente" será plenamente eficaz y carecerá el "cesionario" de acción de tercería alguna; la quiebra del "cedente" extinguirá la cesión (art. 1.732.3º CC), el crédito se incorporará a la masa de la quiebra, y el "cesionario" carecerá de derecho de separación alguno" (pág. 1041). Niega también que nuestro sistema admita la cesión plena de un crédito con finalidad de garantía (pág. 1042). En este caso, quedará constituida simplemente una (...) "prenda de crédito". (págs. 1042-1043). Si los acreedores del "cedente" embargan el crédito "cedido", dispondrá el "cesionario" de la tercería de mejor derecho (arts. 1532 ss LEC), no de la tercería de dominio; en caso de quiebra del "cedente", no de una separatio ex iure domini, sino ex iure crediti, un derecho de ejecución separada (art. 918 CCom por analogía). (pág. 1049).

para ver cuál es el tratamiento que deben recibir cuando de ellas resulte una lesión del interés de terceros acreedores.

VI.1. La cesión de créditos a título oneroso (compraventa de créditos)

Los *acreedores del cesionario* que compra el crédito pueden verse afectados al menos en alguno de estos dos casos: 1º) cuando el deudor cedido resulta insolvente y 2º) en general, si el precio que se pagó por el crédito sobrepasa notablemente el valor de éste.

En el primer caso, hay que tener en cuenta que de la insolvencia del deudor responderá el antiguo acreedor sólo cuando así se hubiese *estipulado expresamente*, o si la *insolvencia fuese anterior y pública* (art. 1.529 CC)¹³⁰.

En cuanto a la falta de equivalencia entre el valor del crédito y el precio pagado, si es cierto que puede resultar lesiva para los acreedores del cesionario cuando se vendieron los créditos por precio superior al valor del crédito, también lo es que del mismo

También PANTALEON (*Cesión de créditos*, Enciclopedias Jurídicas Cívitas, I, 1995, págs. 1021-1025, págs. 1.021-1.022) explica que *la finalidad de pago de una obligación preexistente es, en cambio, causa bastante para la plena transmisión del crédito del deudor-cedente al acreedor-cesionario. Lo que vale, tanto para la cesión pro soluto -la transferencia del crédito produce la inmediata extinción de la obligación pagada-, como para la cesión pro solvendo: la extinción de la obligación a pagar sólo se produce en el momento en que el crédito cedido es realizado por el acreedor cesionario. Si se haya querido uno u otro tipo de cesión, es cuestión de interpretación de la voluntad de las partes. En caso de duda, habrá que entender querida una cesión pro solvendo (arg. arts. 1.170.II y 1.204 CC).*"

¹³⁰ La regla que recoge el precepto es innovadora respecto del Proyecto de 1851, tomada del precedente del art. 1.206 CC, y criticada por la doctrina (GIL RODRIGUEZ, J.; *Garantía por insolvencia pública en la delegación y en la cesión*, tecnos, 1988, págs. 10-14).

La responsabilidad del cedente queda limitada al precio que recibió por la cesión y gastos del contrato (NAVARRO PEREZ, J.L.; *Responsabilidad y garantía en la cesión de créditos*, R.G.L.J., 232, 1972-I, págs. 13-52, pág. 46, tiene en cuenta también cualquier otro pago legítimo hecho para la venta; el mismo autor, en su monografía *"La cesión de créditos en el Derecho civil español"* publicada por Comares en 1988 enumera en la página 195 todos los gastos a que alcanza la responsabilidad del cedente de mala fe por la solvencia).

En Alemania sólo responde el vendedor de la insolvencia del deudor cuando *medie un convenio especial en este sentido* (OERTMANN; *Transmisión de obligaciones*, R.D.P., 1923, pág. 112).

Esta norma no se aplica si la cesión del crédito se realizó a título gratuito (Entre otros muchos, E. PEREZ PASCUAL; *La responsabilidad por la insolvencia del deudor en la cesión de créditos*, R.D.P., 1989, págs. 411-466, pág. 466).

modo los acreedores del cedente pueden resultar lesionados si el precio de la venta fue notablemente inferior al valor del crédito.

Como veíamos antes, la normativa aplicable a la cesión de créditos será en cada caso la propia del negocio que ha dado lugar al efecto de cesión. Tratándose de venta de créditos se aplicarán las reglas de la compraventa (arts. 1.526 y siguientes CC). Por esta razón nos remitimos a los criterios que desarrollamos al tratar de la falta de equilibrio entre las prestaciones en los contratos onerosos. En caso de notable falta de equilibrio de las prestaciones o de mala fe del adquirente (*consilium fraudis* o *scientia fraudis*) están legitimados los acreedores del enajenante insolvente para impugnar la cesión del crédito con vistas a la revocación del negocio.

VI.2. La cesión de créditos a título gratuito

En caso de cesión de créditos a título gratuito, los *acreedores del cedente* pueden ver defraudadas sus expectativas de cobro de los créditos. En este caso, a efectos de la impugnación por fraude de acreedores, seguiremos las mismas pautas que se explicaron para la donación. El cesionario que acepta a título gratuito un derecho de crédito, recibe una donación, y no merece más protección que la de un donatario, frente a los acreedores del cedente insolvente.

VII. LA DACION EN PAGO

La S.T.S. de 27 de febrero de 1993 asimila la dación en pago a la compraventa -siguiendo la jurisprudencia sentada por el propio Tribunal¹³¹- y acepta, a la vez, la analogía con otras figuras jurídicas tales como el pago o la novación¹³². Sin

¹³¹ Según indican DIEZ-PICAZO y GULLON (*Sistema...*, II, 6ª ed., 2ª reimpresión, 1992, pág. 197), *la asimilación a la venta de la dación en pago ha sido la teoría predilecta en la jurisprudencia*, si bien es criticable.

¹³² "La dación en pago en la forma de *datio pro soluto* supone un acto en virtud del cual el deudor transmite bienes de su propiedad a fin de que el acreedor-receptor los aplique al pago de su crédito. En la modalidad de *datio pro solvendo* se lleva a cabo también

embargo, esta doctrina no es totalmente compartida por nuestros autores (por ejemplo, Díez-Picazo y Gullón¹³³). La sentencia tiene que ver con cuestiones relativas a la eficacia del convenio en la quiebra y ha sido comentada por Finez Ratón¹³⁴. En contra de lo dicho en la sentencia, este autor niega, en un artículo monográfico posterior sobre *La dación en pago* (A.D.C., 1995-IV, págs. 1467-1527), que la figura pueda tratarse como compraventa (págs. 1486-1489), ni como novación ni modificación de la obligación (págs. 1482-1486). Como explican Díez-Picazo y Gullón, la dación en pago es un convenio extintivo de una obligación existente entre las partes, por el que el acreedor tiene derecho a exigir lo que se ha convenido en pago y el deudor el deber de prestarlo¹³⁵. También a juicio de Finez se trata de un negocio bilateral de carácter patrimonial que puede calificarse como contrato extintivo (pág. 1519). Para el autor, la dación en pago encuentra su fundamento en el art. 1.166 CC a contrario (págs. 1517-1518). Una vez convenida, la satisfacción del interés del acreedor y la liberación del deudor sólo tendrá lugar por la realización de lo convenido en pago, subsistiendo hasta entonces, sin novación, ni modificación, íntegramente la obligación (el crédito y todos sus accesorios) respecto a la cual se facilita su cumplimiento al deudor (pág. 1521).

Probablemente no es necesario señalar que al hablar de dación en pago no nos referimos al pago por cesión de bienes (*datio pro solvendo*), que libera al cedente tan sólo en la porción de deuda cubierta por el valor líquido de los bienes (art. 1.175 CC); sino al acuerdo entre deudor y acreedor de que la deuda quedará extinguida por la entrega de

transmisión voluntaria de bienes del deudor al acreedor, facultándose a éste para proceder a su realización y debiendo de destinar el precio obtenido al pago de las deudas que los relacionan (art. 1.175 del Código Civil)

Esta Sala desde antiguo ... aunque sin pronunciarse de modo definitivo y dogmático, ha asimilado la dación en pago a la compraventa, si bien con el matiz de no negar su analogía con otras figuras jurídicas, tales como forma de pago o novación por cambio de objeto" (S.T.S. 27 febrero 1993).

¹³³ DIEZ-PICAZO y GULLON (*Sistema...*, II, 1992, págs. 196-197) critican la teoría que asimila la dación en pago a la compraventa, así como la idea de calificar a la figura como una novación por cambio de objeto.

¹³⁴ FINEZ RATON; *Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de febrero de 1993*, C.C.J.C., 31, nº 829.

¹³⁵ DIEZ-PICAZO y GULLON; *Sistema...*, II, 1992, pág. 197.

determinado bien, distinto del objeto inicial de la obligación (*datio pro soluto*). Ese consentimiento del acreedor es requisito indispensable para que surta efectos la dación en pago (art. 1.166 CC); y por la misma razón es indispensable también para que surtan efectos otros negocios semejantes. Por ejemplo, el legado hecho al acreedor en pago de la deuda. El legado hecho al acreedor sólo produce los efectos del pago de la deuda cuando esto fuera voluntad expresa del testador (art. 873 CC) y una vez que haya sido aceptado por el acreedor. Sólo entonces se produce el efecto extintivo del crédito, como explica Ossorio Serrano: *"Por el legado no pierde el acreedor sus derechos y acciones como tal acreedor, ya que no es simplemente el haberse ordenado tal legado lo que produce el efecto extintivo del crédito. Para que la extinción -total o parcial- del crédito se produzca es indispensable el consentimiento del acreedor, ya que éste no puede, sin su voluntad, perder su crédito. (...) Una vez aceptado el legado, el acreedor legatario no puede ya reclamar como acreedor, porque su crédito se ha extinguido por novación"*¹³⁶.

En cuanto a la causa de la dación en pago, siguiendo a Fínez, partimos de considerar que *el carácter oneroso o gratuito de la dación y por tanto los posibles remedios a disposición del acreedor, han de perfilarse en atención a la onerosidad o no de la relación obligatoria subyacente. En este sentido, es necesario atender a que la dación es siempre un contrato de ejecución que encuentra su causa en una previa obligación, como instrumento de ejecución de la misma*¹³⁷. Esto nos lleva a considerar que en la dación en pago debe respetarse el valor de las antiguas prestaciones o, de lo contrario, se aprecia -junto a la causa de la obligación- la renuncia de una de las partes contratantes a parte del valor al que tenía derecho, renuncia que repercute en beneficio de la contraparte en el contrato. Como tal renuncia, no es admisible en perjuicio de terceros acreedores (art. 6.2 CC). Los efectos nacidos del contrato y modulados después libremente por la autonomía de la voluntad de las partes quedan en última instancia a merced de los intereses de quienes pudieron confiar en

¹³⁶ OSSORIO SERRANO; *El legado de deuda*, A.D.C., 1985-IV, págs. 941-977, siguiendo a Sánchez Román y en el mismo sentido que Scaevola, págs. 950-951.

El consentimiento del acreedor se exige siempre, como es lógico, en la novación impropia o modificativa por cambio de objeto, prevista en el art. 1.203.3º CC (Entre otros, P.J. AZURZA en *Notas sobre novación*, R.D.P., 34, 1950-II, págs. 591-618, págs. 608-609).

¹³⁷ FINEZ; *La dación en pago*, A.D.C., 1995-IV, págs. 1467-1527, pág. 1478. En el mismo sentido vuelve a pronunciarse el autor en las conclusiones del trabajo (pág. 1524).

que se respetaría lo inicialmente establecido.

De otro lado, como señala Fínez, *la extinción de la obligación a través de una prestación distinta de la prevista convierte a la dación en un pago sospechoso. Este carácter sospechoso del pago encuentra frecuentemente reflejo normativo en las legislaciones concursales. Se establecen normas expresas declarando la inoponibilidad a la quiebra de los pagos efectuados por el deudor mediante tal operación*¹³⁸. Si el valor del bien dado en pago es inferior al valor del crédito, los acreedores del acreedor insolvente padecen los efectos de la disminución patrimonial real operada por la extinción de la obligación mediante dación en pago. En estas circunstancias, el negocio de dación en pago es objetivamente fraudulento porque lesiona directamente el interés de los acreedores. La impugnación de la dación en pago es en ese caso indiscutible, con independencia de cual sea la intención de las partes. El mismo tratamiento merece la dación en pago cuando el deudor insolvente extinguió una de sus deudas por la entrega de un bien de valor superior al del crédito¹³⁹. En Francia, por ejemplo, a partir del genérico art. 1.167 *Code civil* (único precepto que se refiere a la rescisión por fraude y que se limita al enunciado de la acción pauliana), la doctrina entiende que el fraude puede resultar probado en la dación en pago si existe suficiente diferencia entre el valor de los bienes y el precio convenido (Ghestin)¹⁴⁰. También en Argentina algún autor estima revocable el pago mediante entrega de bienes por un valor menor del que verdaderamente tuvieron, aunque se trate de pagar con ellos una deuda ya vencida

¹³⁸ FINEZ; *La dación en pago*, A.D.C., 1995-IV, págs. 1467-1527, pág. 1477.

¹³⁹ Aunque no se refiere directamente a la dación en pago, traemos a colación la siguiente observación de ALVAREZ CAPEROCHIPÍ (*El artículo 1.207 del Código civil. Notas para un estudio de las relaciones accesorias en la novación.*, R.C.D.I., 1973, págs. 1413-1431, pág. 1416), que corrobora lo que acabamos de indicar. El autor señala que los acreedores del acreedor *pueden ver disminuída la garantía patrimonial de su crédito si la nueva obligación es de menor entidad que la primitiva*, y que el ordenamiento tiene previsto para la tutela de su interés la *revocación por fraude de acreedores* (pág. 1416). Y aunque no se pronuncia directamente en cuanto a la objetivación del fraude en este caso, sí afirma que también podrían los herederos legitimarios del acreedor (terceros afectados por la novación) solicitar la reducción por inoficiosidad, idea que sintoniza con la posibilidad de objetivar el fraude. También SANCHO REBULLIDA (*Comentario del Código civil*, II, Ministerio de Justicia, 1993, art. 1.207, pág. 307) confirma en este punto la postura de Alvarez Caperochipi.

¹⁴⁰ GHESTIN; *Traité de Droit civil (les obligations)*, París, 1992, pág. 697.

(Rezzonico¹⁴¹).

La dación en pago en fraude de acreedores ha sido estudiado por J.M. Fínez, que le dedica un apartado en su trabajo que venimos citando sobre *La dación en pago* (A.D.C., 1995-IV, págs. 1467-1527, págs. 1477-1478). El autor afirma que *los acreedores dispondrán, en última instancia, de la acción de rescisión por fraude (arts. 1291.3º y 1111 C.C.) para la protección de sus créditos*. Y cita la S.T.S. de 4 de septiembre de 1992, que *de un lado, confirma la necesidad de que la dación en pago ha de estar asentada en una causa verdadera y lícita, en referencia a la existencia de una obligación previa. De otra, establece que de reputarse la dación fraudulenta (notable desproporción entre el valor de la deuda y la prestación realizada/ subsiguiente insolvencia del deudor), los restantes acreedores del deudor disponen de acciones apropiadas para dejar sin efecto el negocio realizado en perjuicio de sus derechos*. Los hechos del caso que da lugar a la sentencia no se refieren al fraude de acreedores, ni se ejercita una acción rescisoria por fraude. Sí se trata de un supuesto de dación en pago en que existe notable desproporción entre el valor del bien y el del crédito, a raíz del cual la Audiencia y después el Tribunal Supremo hacen algunas observaciones en torno al fraude de acreedores (Aranzadi, nº 6885). Por las razones que apuntábamos, nuestra opinión coincide en lo relativo a la dación en pago y el fraude de acreedores con la de J.M. Fínez, que concluye su trabajo afirmando que *la existencia del fraude ha de ser apreciada, en todo caso, tomando como referencia el valor de la prestación originaria*¹⁴².

VIII. CONCLUSIONES

I. De entre los supuestos de alteración de la obligación inicial sólo aquellos que suponen un cambio del objeto de la obligación pueden constituir supuestos de clara objetivación del fraude (en concreto hemos estudiado la dación en pago).

Siempre que en estado de insolvencia se acuerde la *alteración del objeto* de la prestación de manera que finalmente ésta se extinga por la entrega de un objeto cuyo valor

¹⁴¹ L.M. REZZONICO; *Estudio de las obligaciones*, 9ª ed., 1-1º, Depalma, Buenos Aires, 1961, pág. 318.

¹⁴² FINEZ; *La dación en pago*, A.D.C., 1995-IV, págs. 1467-1527, pág. 1524.

no es proporcionado al del crédito inicial, con lesión para el derecho de crédito de un tercero (acreedor de aquella de las partes que resulta desmejorada por la alteración), estamos ante un acto objetivamente fraudulento que podrá impugnarse mediante el ejercicio de la acción pauliana siendo irrelevante que existiera o no intención de defraudar. Esto porque la aceptación de las nuevas condiciones de extinción de la obligación lleva implícita la renuncia al valor completo de la prestación inicial, renuncia que no se admite en perjuicio de terceros (arts. 6.2 y 1.111 CC).

II. En caso de cesión de créditos, el negocio será tratado atendiendo a la causa de la cesión. Si es causa onerosa (por ejemplo, la compraventa de créditos), seguirá el tratamiento descrito para los contratos onerosos (para el que admitíamos un criterio flexible que permitiese un tratamiento objetivado del fraude en caso de notable falta de equilibrio de las prestaciones). Si es causa gratuita (por ejemplo, donación de créditos) el negocio es revocable cuando sea en sí mismo lesivo.

A la cesión de créditos equipara un sector amplio de la doctrina la figura del pago con subrogación y, en efecto, constatamos que es posible aplicarle el mismo tratamiento a efectos del fraude. Se le aplicarán las reglas de la cesión onerosa o venta de créditos.

III. En cuanto a todos aquellos supuestos en que la alteración de la obligación afecta al sujeto pasivo de la misma (expromisión, asunción de deuda, *delegatio solvendi causa* y pago de deuda ajena sin subrogación), creemos que es posible unificar los mecanismos de tutela del interés de los acreedores del nuevo obligado o del *solvens*. Y lo hacemos en torno a las reglas descritas para el pago de deuda ajena sin subrogación. Esto porque en todos estos casos el pago desencadena una serie de medidas reintegradoras, que podríamos denominar compensadoras del desembolso realizado. La lesión a los acreedores del nuevo obligado o del *solvens* sólo se produce si el deudor inicial es insolvente porque entonces esos mecanismos legales de reembolso no alcanzan el fin para el que estaban previstos.

En tales circunstancias cabe afirmar que el pago puede revocarse, en su caso, por la vía del artículo 1.292 CC (cuando se pagó una obligación no vencida o no exigible). En los demás casos, la protección que merece el acreedor pagado o frente a quien un tercero se obliga al pago dificulta la objetivación del fraude. Pero siempre podrá impugnarse el

negocio probando que quien efectuó el pago o se obligó a ello y el acreedor conocían la lesión que se causaba al interés de quien impugna. Con ello estamos señalando una excepción respecto del régimen general de los pagos realizados por el insolvente, excepción que queda justificada precisamente por las peculiaridades propias de estos supuestos. Estimamos, además, que no puede descartarse plenamente la objetivación del fraude -al contrario, debe apreciarse- si atendemos a que la operación del nuevo obligado o del *solvens* supone una asunción de riesgos¹⁴³ por parte de quien no estaba obligado a ello.

IV. Al conflicto de intereses anterior se añade, en los casos de asunción de deuda (sea por vía de expromisión, sea por vía de delegación) otro posible conflicto a analizar: el que se originaría por la lesión de los acreedores del acreedor que consiente en la liberación del deudor inicial por la obligación del tercero (nuevo deudor). Esta lesión puede tener lugar si el nuevo deudor es insolvente. Luego la causa de la lesión no es el negocio en sí sino la insolvencia del nuevo deudor. Si tomamos la solvencia del nuevo deudor como uno de los motivos naturalmente incorporados a la causa, podríamos decir que hay error relevante si resulta insolvente (art. 1.301 CC, error por causa falsa). Esto si el acreedor desconocía la insolvencia del nuevo deudor. Si el acreedor tuvo conocimiento de la insolvencia al tiempo de negociar, entonces se refuerzan las posibilidades de impugnación por fraude.

V. Quedan por último algunos supuestos a que da lugar la delegación (*delegatio credendi causa* y *delegatio donandi causa*). En estos casos, hay que estar a la causa del acto en particular y al modo en que se opere la representación (directa o indirecta) del delegante por el delegado. Tienen juego aquí tanto la acción subrogatoria como la acción pauliana. Pero no suponen especial problema a los efectos de la objetivación del fraude, que sigue -en su caso- pautas ya descritas en otros lugares (por ejemplo, las descritas en la donación para la *delegatio donandi causa*).

¹⁴³ El riesgo de la insolvencia del deudor inicial en vía de regreso.

LOS ACTOS JURIDICOS OBJETIVAMENTE FRAUDULENTOS

I. En el marco de la acción revocatoria por fraude de acreedores (la llamada acción pauliana, arts. 1.111 y 1.291-3º CC), es posible manejar un concepto objetivo del fraude, al margen del concepto subjetivo con que tradicionalmente se configura. "Fraude" en sentido objetivo equivale a "lesión del derecho de crédito".

1. En el marco de la acción pauliana, tradicionalmente se viene configurando el fraude como integrado por dos elementos:

a) Un elemento objetivo (*eventus damni*).

b) Un elemento subjetivo (*consilium fraudis* o bien *scientia fraudis*).

Esta es la acepción del concepto de fraude que leemos en nuestro Código civil.

2. Sin embargo, nuestro ordenamiento admite una distinta configuración del fraude, como equivalente a la lesión del derecho de crédito. En esta nueva configuración, el fraude tiene un único elemento y es objetivo: la lesión del derecho de crédito (*eventus damni*).

Esta noción de fraude no es la que leemos en el Código civil pero sí la encontramos en el Código civil, latente (arts. 643 y 1.297-I CC), junto al concepto subjetivo del fraude.

II. En este contexto, cabe afirmar que existen actos jurídicos en sí mismos fraudulentos (lesivos del derecho de crédito) que pueden revocarse con independencia de cuál sea la intención o el ánimo que movió al deudor a actuar, o al deudor y al tercero. Por ejemplo, la donación (art. 643 CC).

En la terminología que emplea el Código civil, se dice que "se presumen fraudulentos".

En la terminología que admite el Código civil y que empleamos, puede decirse que "son fraudulentos".

Otras veces, el acto jurídico es tan sólo un medio para alcanzar el fraude, pero no es en sí mismo lesivo. (El fraude en estos casos se culmina por actos posteriores como, por ejemplo, poner el dinero de la venta fuera del alcance de los acreedores). En estos casos es preciso probar también la intención de defraudar que movió al deudor y al tercero (*consilium fraudis*) o, al menos, que el tercero tuvo conocimiento de la intención taimada del deudor (*scientia fraudis*).

Es el fraude en sentido subjetivo y coincide con la terminología que leemos en el Código civil.

Hasta aquí no hemos hecho más que constatar lo que poco a poco venía siendo aceptado por un sector de nuestra doctrina y asumido por la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo.

III. Concluimos la tipificación de los actos jurídicos objetivamente fraudulentos. Probada la lesión del crédito, los actos jurídicos del deudor insolvente son revocables por ser objetivamente fraudulentos en los siguientes casos:

III.1. *En general (art. 6.2 CC)*

1º) Cuando supongan implícita o explícitamente la renuncia a un derecho, facultad o ventaja.

III.2. *En los conflictos entre el acreedor (o acreedores) y un tercero (arts. 643 y 1.297-I CC)*

2º) Cuando el título de adquisición del tercero sea más débil que el del acreedor que reclama. El gratuito y el remuneratorio son más débiles que el oneroso. A su vez, el gratuito es más débil que el remuneratorio.

3º) Cuando el sustrato económico del negocio delate una notable falta de equivalencia entre el valor de lo que se aporta por el negocio y el valor de lo que se obtiene por él. (La revocación por fraude encuentra su límite cuando llega a la equivalencia, es decir, cuando sana la lesión objetiva).

III.3. *En los conflictos entre los propios acreedores (art. 1.292 CC)*

4º) Cuando queda favorecido un acreedor que no pudo haber compelido al deudor a hacerlo.

IV. Encontramos en nuestro ordenamiento un principio que nos permite operar con este concepto objetivo de fraude (lo extraemos básicamente del art. 643 CC, aunque aparece también en otros preceptos, como en los arts. 1.937 y 1.001 CC, o en el art. 6.2 CC, y en el 1.292 que -en última instancia- contempla un supuesto de renuncia). Y este principio es el siguiente: El acreedor está legitimado para cobrar su crédito a costa de los enriquecimientos que su deudor insolvente haya causado en beneficio de terceros. Dicho de otro modo, quien se haya enriquecido como resultado de un acto del insolvente *responderá* en la medida del enriquecimiento actual del pago de la deuda cuando no sea posible satisfacer de otro modo el cobro del crédito. Entre proteger el lucro del tercero y evitar el daño del acreedor el ordenamiento ha de optar por esto último. En esto coincide la doctrina antigua y la nueva, la española y la de todos los sistemas jurídicos de nuestro entorno.

ALAS, DE BUEN y RAMOS: *De la prescripción extintiva*, Madrid, 1918.

ALBACAR LOPEZ: *Código civil. Jurisprudencia y legislación*, Trivium, 1993.

ALBALADEJO:

- *Comentario del Código Civil*, I, Ministerio de Justicia, 1993 (arts. 618-622, arts. 642-643 y arts. 654-656).
- *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, XII-1º, Edersa, 1981; VIII-2º, Edersa, 1986 (arts. 642-643) y XV-1º, Edersa, 1989.
- *Condición, término y modo*, R.D.N., julio-diciembre, 1957.
- *Curso de Derecho Civil*, LB: II, 3ª ed., 1984; III, 1982; IV, 2ª ed., 1984; V, 1989.
- *Derecho Civil*, LB: I-2º, 10ª ed., 1989; II-1º, 9ª ed., 1994 (y 8ª ed./1989; 7ª ed./1983; 5ª ed./1980); III-1º, 6ª ed./1989 (y 5ª ed./1983).
- *Jurisprudencia comentada*, S.T.S. de 23 de octubre de 1995, R.D.P., febrero de 1996.
- *Jurisprudencia comentada*, S.T.S. de 30 de diciembre de 1995, R.D.P., marzo de 1996.

ALVAREZ CAPEROCHIPÍ:

- *El artículo 1.207 del Código Civil. Notas para un estudio de las relaciones accesorias en la novación*, R.C.D.I., 1973.
- *El enriquecimiento sin causa*, Comares, 1989.

ALVAREZ VIGARAY: *Comentario del Código civil*, II, Ministerio de Justicia, 1991.

AMAT LLARI: *Comentario a la S.T.S. de 12 de noviembre de 1990*, C.C.I.C., 25, nº 655, págs. 71-78.

AMONN, K.: *Zur Frage des Gerichtsstandes für die paulianische Anfechtung*, Homenaje a Hans Ulrich Walder, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1994.

AMOROS GUARDIOLA: *Comentario del Código civil*, II, Ministerio de Justicia, 1993.

ARECHEDERRA: *La equivalencia de las prestaciones en el derecho contractual*, ed. Montecorvo, 1978.

ASUA GONZALEZ: *Comentario a la S.T.S. de 14 de marzo de 1995, C.C.J.C., 38, nº 1040.*

AUBRY y RAU: *Cours de Droit Civil Français, IV, d'après la Méthode de Zachariae, 5ª ed., París, 1897.*

AURICCHIO: *Appunti sulla prescrizione, Eugenio Jovene, 1971.*

AZURZA: *Notas sobre novación, R.D.P., 34, 1950-II, págs. 591-618.*

BAJO FERNANDEZ: *Manual de Derecho penal (parte especial). Delitos patrimoniales y económicos, Ceura, 2ª ed., 1989.*

BATLLE VAZQUEZ: *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales, I, Edersa, 1978.*

BELTRAN:

- *Las deudas de la masa, Bolonia, Publicaciones del Real Colegio de España, 1986, 328 págs.*
- *Hipoteca, ejecución separada y reintegración de la masa, en Estudios jurídicos en homenaje al Profesor A. Menéndez, III, Cívitas, 1996, págs. 3479-3512.*
- *La disolución de la sociedad anónima, Cívitas, 1991.*

BELTRAN DE HEREDIA:

- *Comentario del Código Civil, I, Ministerio de Justicia, 1993.*
- *El cumplimiento de las obligaciones, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1956.*
- *La comunidad de bienes en Derecho Español, Madrid, 1954, Ed. Revista de Derecho Privado.*

BELLO JANEIRO: *Los acreedores y la modificación del régimen económico matrimonial, Revista Jurídica del Notariado, julio-septiembre 1993, págs. 33-67.*

BELLVER CANO: *Valor hipotecario de la acción pauliana, R.C.D.I., XI, 1935.*

BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R.:

- *Comentario a la S.T.S. de 24 de noviembre de 1992, en C.C.J.C., 31, nº 812, enero/marzo 1993.*
- *Manual de Derecho Civil, Bercal, 1996.*
- *Comentario del Código Civil, II, Ministerio de Justicia, 1993.*

BERMEJO: *La "par conditio creditorum": ¿Ficción o realidad?*, U.A.M., 1996. Agradezco a la autora el haberme brindado la posibilidad de leer su trabajo, que actualmente está en formación.

BERRY / BAILEY / SCHAW-MILLER: *Personal Insolvency, Law and Practice*, second edition, Butterworths, 1993.

BETTI: *Teoría general de las obligaciones*, II, traducido por J.L. de los Mozos, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1970.

BIGIAMI:

- *La delegazione*, Padua, 1943.
- *Novación y sucesión en la deuda a título particular en el nuevo Código Civil italiano*, R.D.P., julio-agosto, 1943.

BLASCO GASCO:

- *Modificación del régimen económico matrimonial y perjuicio de terceros: la norma del artículo 1.317 CC*, A.D.C., 1993-II, págs. 599-641.
- *Reflexiones acerca de la condonación de la deuda*, A.D.C., 1990, págs. 59-81.
- *Las presunciones de condonación*, A.D.C., 1988, págs. 1265-1287.

BOFARULL: *Código Civil Español anotado y concordado con la anterior legislación y jurisprudencia española y los códigos extranjeros*, 3ª ed., Madrid, 1889.

BONET CORREA:

- *Código Civil concordado y con jurisprudencia*, Cívitas, 1993.
- *La renuncia exonerativa y el abandono liberatorio*, R.G.L.J., 211, 1961.

BONET RAMON:

- *Los contratos a favor de tercero*, A.A.M.N., XII, 1961, págs. 211-245.
- *Código Civil*, Madrid, 1962.

BONFANTE: *Instituciones de Derecho romano*, 8ª ed. italiana, traducida por Bacci y Larrosa, Reus S.A., 1929.

BROX, H. / WALKER, W.D.: *Zwangsvollstreckungsrecht*, Academia Iuris, 1990.

BUEN, De: *Notas al Curso elemental de Derecho civil de Colón y Capitant*, 4ª ed., III, I.E. Reus, 1960.

CABANILLAS SANCHEZ:

- *La mutabilidad del régimen económico matrimonial*, A.D.C., 1994-II, págs. 115-235.
- *Comentario a la S.T.S. 7 noviembre 1992*, C.C.J.C., 30, nº 802.
- *Comentario a la S.T.S. 25 enero 1989*, C.C.J.C., 19, nº 496.
- *Comentario a la S.T.S. 17 noviembre 1987*, C.C.J.C., 15, nº 399.
- *Comentario a la S.T.S. 13 junio 1986*, C.C.J.C., 11, nº 298.
- *Comentario a la S.T.S. 30 enero 1986*, C.C.J.C., 10, nº 271.

CAMARA, De la:

- *Compendio de Derecho sucesorio*, La Ley, 1990.
- *Comentario del Código civil*, I, Ministerio de Justicia, 1993, art. 1.083.

CAMPOS PORRATA: *El artículo 37 L.H. en relación con la acción pauliana*, R.C.D.I., IX, 1933, págs. 434 y siguientes.

CANDELARIO MACIAS: *El nuevo Derecho francés en materia de quiebras (ley nº 94-475 de 10 de junio de 1994)*, R.D.M., 1996, nº 222, págs. 1253-1282.

CAÑIZARES LASO: *El pago con subrogación*, Cívitas, 1996.

CAPILLA RONCERO:

- *La sociedad civil*, R.C.E., Bolonia, 1984.
- *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, XXI-1º, Edersa, 1986.
- *La responsabilidad patrimonial universal y el fortalecimiento de la protección del crédito*, Fundación universitaria de Jerez, 1989.
- *Comentario a la S.T.S. de 28 de marzo de 1988*, C.C.J.C., 16, enero/marzo 1988, nº 431.

CARAVELLI: *Teoría della compensazione*, Pisa, 1930.

CASTAN:

- *Derecho Civil Español, comun y foral*, II-1º, 13ª ed., Reus S.A., 1987; III. 16ª ed., 1992 (y 15ª ed., 1988); IV, 14ª ed., 1988; VI-1º, Madrid, 1989.
- *El modo en los actos jurídicos*, R.D.P., marzo/1918, 1ª parte; y julio-agosto/1921, 3ª parte.

CASTELLO SAEZ: *Cuestiones sobre la renuncia de derechos y la exclusión voluntaria de la ley*, R.G.D., 1995, págs. 49-58.

CASTRO, F. De:

- *La acción pauliana y la responsabilidad patrimonial. Estudio de los arts. 1911 y 1111 del Código civil*, R.D.P., julio-agosto/1932, págs. 193-228.
- *El negocio jurídico*, Cívitas, 1971, reimpresión de 1991.
- *El patrimonio*, en *Temas de Derecho civil*, 1972, págs. 35-66.

CIAN / TRABUCCHI: *Comentario breve al Codice Civile*, Cedam, 1992.

CLAVERIA GOSALBEZ: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, XVII, 1ºB, Edersa, 1993.

CLEMENTE MEORO: *Los supuestos legales de vencimiento anticipado de las obligaciones*, Tirant lo blanch, 1991.

COLIN y CAPITANT: *Curso elemental de Derecho Civil*, traducción de la 2ª ed. francesa por la R.G.L.J. con notas de De Buen, 4ª ed. española, III, I.E. Reus, 1960.

COSSIO, A. De:

- *Instituciones de Derecho Civil*, I y II, Alianza editorial, 1975.
- *La transmisión pasiva de las obligaciones, a título singular*, conferencia de 8 de marzo de 1943, A.A.M.N., I, 1945, págs. 183-206.

COSSIO, M. De: *Frustraciones y desequilibrios contractuales*, Comares, 1994.

CRESPO ALLUÉ: *La división de la comunidad de bienes*, Lex Nova, 1993.

CRISTOBAL MONTES:

- *La vía pauliana*, Tecnos, 1997.
- *La llamada novación modificativa en el Derecho Civil Español*, R.C.D.I., 1973, págs. 1167-1217.

CHABAS: *Rev. trim. dr. civ., jurisprudence française*, págs. 766-767, 1980.

DEVEZE y SAINT-ALARY-HOUIN: *Juris Classeur*, 5, 1988, civ., fasc. 39.

DE LOS MOZOS:

- *El modo como elemento accesorio de la voluntad negocial*, R.D.P., 1978, págs. 223-234.
- *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, XVIII-1º, Edersa, 1978. y XVIII-3º, Edersa, 1985.

DE LOS MOZOS Y DE LA CUESTA:

- *Sección de Jurisprudencia (S.T.S. 5 diciembre 1994)*, R.D.P., noviembre 1995.
- *Sección de Jurisprudencia (S.T.S. 31 octubre 1994)*, R.D.P., julio-agosto 1995.
- *Sección de Jurisprudencia (S.T.S. 27 mayo 1992)*, R.D.P., noviembre 1992.

DIAZ ALABART:

- *Comentario del Código civil*, I, Ministerio de Justicia, 1993.
- *La nulidad de las donaciones de inmuebles simuladas bajo compraventa de los mismos en escritura pública y su validez por no necesitar forma si son remuneratorias y el valor del servicio remunerado absorbe el del inmueble donado*, R.D.P., 1980, págs. 1.001 y siguientes.

DIEZ-PICAZO y GULLON:

- *Instituciones de Derecho civil*, I y II, Tecnos, 1995.
- *Sistema de Derecho civil*, Tecnos: II, reimpresión de la 6ª ed., 1992 (y 1990); III, 5ª ed., 1990; y IV, reimpresión de la 6ª ed., 1992.

DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEON:

- *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, Tecnos, II, 1984.
- *Comentario del Código Civil*, II, Ministerio de Justicia, 1993, art. 1.257.
- *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, Cívitas, Madrid, 4ª ed., I y II (1993), y III (1995).
- *La prescripción en el Código civil*, Bosch, 1964.
- *La aceptación de la herencia por los acreedores del heredero*, A.D.C., 1959, recogido en los Estudios de Derecho Privado, Cívitas, 1980, págs. 379-437.
- *El pago anticipado*, R.D.M., 1959. (En los Estudios de Derecho Privado, Cívitas, 1980, págs. 155-208).
- *Estudios sobre la jurisprudencia civil*, I, Tecnos, 1979, reimpresión de la 2ª edición.

DOMINGUEZ LUELMO: *El cumplimiento anticipado de las obligaciones*, Cuadernos Cívitas, 1992.

DOMINGUEZ RODRIGUEZ: *La revocación de la donación modal*, A.D.C., 1983, págs. 65-108.

DONNIER: en *Juris Classeur*, civil, 8, 1980, 1.

D'ORS, X.: *El interdicto fraudatorio en el Derecho romano clásico*, Cuadernos del Instituto Jurídico español en Roma, nº 25, 1974.

DURAN RIVACOBÁ: *Comentario a la S.T.S. de 24 de octubre de 1995*, C.C.J.C., 40, nº 1089, págs. 325-355.

EGEA FERNÁNDEZ: *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, XXX, Edersa, 1987, art. 340 de la Compilación catalana, págs. 800-822.

ENGEL: *Traité des obligations en Droit suisse*, Editions ides et Calendes, Neuchatel, 1973.

ENNECCERUS: *Notas a Enneccerus*, de Pérez y Alguer, II-1, Bosch c.e., 1966.

ESPIN CANOVAS:

- *Sobre el pago con subrogación*, R.D.P., 1942.

- *Manual de Derecho Civil español*, Edersa: III, 6ª ed., 1983 (5ª ed., 1978, 4ª ed., 1970, y 3ª ed., 1969); V, 5ª ed., 1978.

FALCON:

- *Código civil español*, II y III, Madrid, 1889.

FERNÁNDEZ CAMPOS: *Subsidiariedad de la acción pauliana en las obligaciones solidarias*, La Ley, 1996-3, págs. 1450-1454.

FERRARA: *La acción pauliana*, R.D.P., XV, 1928, págs. 136-138.

FINEZ RATON:

- *La dación en pago*, A.D.C., 1995-IV, págs. 1467-1527.

- *Comentario a la S.T.S. de 27 de febrero de 1993*, C.C.J.C., 31, nº 829.

FLORENSA TOMAS: *Comentario a la S.T.S. de 27 de julio de 1994*, C.C.J.C., enero/marzo 1995, 37, nº 992.

FRITZSCHE / WALDER: *Schuldbetreibung und Konkurs nach schweizerischem Recht*, II, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zürich, 1993.

FUENMAYOR: *El cumplimiento "post mortem" de las obligaciones naturales*, A.A.M.N., X, 1959, págs. 5-50.

GALAN: *La compensación en los procedimientos concursales*, tesis doctoral dirigida por Girón Tena, U.C.M., 1989.

GALINDO y ESCOSURA: *Comentarios a la legislación hipotecaria de España*, Madrid, 1899.

GALVAN GALLEGOS: *El destino de la herencia repudiada*, R.D.P., octubre 1995, págs. 899-923.

GARCIA AMIGO:

- *Comentario del Código Civil*, II, Ministerio de Justicia, 1993.
- *Transmisión de las relaciones obligatorias nacidas de un contrato*, R.D.P., 1963-I, págs. 25-45.

GARCIA DEL CORRAL:

- *Versión anotada del Digesto*, Barcelona, 1982.
- *Cuerpo del Derecho Civil romano*, III, Barcelona, 1897.

GARCIA GARCIA:

- *Derecho inmobiliario registral o hipotecario*, II, Cívitas, Madrid, 1993.
- *La seguridad jurídica y la retroacción de la quiebra (crítica a la S.T.S. de 15 de noviembre de 1991)*, R.C.D.I., 1992, nº 610, págs. 1359-1369.

GARCIA GOYENA: *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, II, III y IV, Madrid, 1852, reimpresión de la edición de Madrid, Zaragoza, 1974.

GARCIA GRANERO: *Cotitularidad y comunidad*, Gesamnte Hand o comunidad en mano común, R.C.D.I., 1946, I, págs. 145-157.

GARCIA RUBIO: *La distribución de toda la herencia en legados (un supuesto de herencia sin heredero)*, Cívitas-Universidad de León, 1989.

GARCIA VALDECASAS:

- *La comunidad hereditaria*, R.G.L.J., 1952, págs. 395-426.
- *La sucesión en las deudas a título singular*, en *Estudios de Derecho civil en honor del Prof. Castán Tobeñas*, II, Pamplona, 1969.

GARRIDO DE PALMA: *Derecho de familia*, Trivium, 1993.

GARRIGUES: *Curso de Derecho mercantil*, II, 7ª ed., Madrid, 1980 y II, 8ª ed., 1983.

GAUCH / SCHLUEP / TERCIER: *Partie générale du Droit des obligations*, I, 2ª ed., Ed. Schulthess Zürich, 1982.

GAUDEMET: *Teoría general de las obligaciones*, traducción de P. Macedo, Ed. Porruá, Méjico, 1974 (el original está publicado en París, Sirey, 1937).

GETE-ALONSO: *Apuntes para una explicación de la modificación y novación de la relación obligatoria*, Homenaje al Prof. Juan Roca Juan, 1989, págs. 309-319.

GHESTIN:

- *La fraude paulienne*, 1978, publicado en una obra en homenaje a G. Marty (*Mélanges dédiés à G. Marty*), págs. 569-585.
- *Traité de Droit Civil (Les obligations. Les effets du contrat)*, París, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1992.

GIL DOMINGUEZ: *El Código Civil*, I, Madrid, 1888.

GIL RODRIGUEZ: *Garantía por insolvencia pública en la delegación y en la cesión*, tecnos, 1988.

GIMENEZ ARNAU: *La acción pauliana y la Ley hipotecaria*, conferencia en la Academia Matritense del Notariado, 2 marzo 1949, resumen del propio conferenciante publicado en el trabajo *"Tercero y fraude en el Registro de la propiedad"* de Núñez Lagos, R.G.L.J., 1950.

GITRAMA: *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, XIV-1º, Edersa, 1989.

GOMEZ DE LA SERNA: *La ley hipotecaria, comentada y concordada con la legislación anterior española y extranjera, precedida de una introducción histórica y seguida de un diccionario y formularios*, Madrid, 1862.

GONZALEZ GARCIA: *Responsabilidad del heredero y derechos de los acreedores sobre el patrimonio hereditario*, Montecorvo, 1989.

GONZALEZ PALOMINO: *La acción pauliana y el Registro de la propiedad*, Estudios jurídicos de arte menor, I, Pamplona, U. de Navarra, 1964.

GONZALEZ HUEBRA: *Tratado de quiebras*, Madrid, 1856.

GRUNSKY, W.: *Grundzüge des Zwangsvollstreckungs- und Konkursrechts*, J.C.B., 1987.

GUILARTE GUTIERREZ:

- *Impugnación de capitulaciones matrimoniales en fraude de acreedores*, Tecnos, Colección Jurisprudencia práctica, 20, 1991.
- *Fraude de acreedores consorciales. Exigibilidad del crédito y oponibilidad de las capitulaciones*, en *Actualidad civil*, 18, 1991-2.
- *Gestión y responsabilidad de los bienes gananciales*, Lex Nova, 1991.

GILLIÉRON, P.-R.: *Poursuite pour dettes, faillite et concordat*, Payot Lausanne, 1993, edición revisada y completada.

GUIRAO ALCAZAR: *Ineficacia del art. 1.083 del Código civil*, R.D.P., 1932.

GULLON BALLESTEROS:

- *Comentario del Código civil*, I y II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993.
- *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, XXIV, Edersa, 1984, art. 1.911.
- *La disolución de la comunidad de bienes en la jurisprudencia*, A.D.C., 1965, págs. 365-391.
- *El crédito privilegiado en el Código civil*, A.D.C., 1958, págs. 435 y siguientes.

HERAS HERNANDEZ: *Jurisprudencia comentada*, S.T.S. 3 octubre 1995, R.D.P., mayo 1996, págs. 405-416.

HERNANDEZ GIL:

- *Comentario a la S.T.S. de 10 de marzo de 1944*, R.G.L.J., 177, junio/1945.
- *El ámbito de la novación objetiva modificativa*, R.D.P., 1961, págs. 797-807.

HERNANDEZ MORENO: *El pago del tercero*, Bosch, 1983.

HEVIA BOLAÑOS: *Curia Philipica, Laberintho de comercio terrestre y naval*, 1790.

HUERTA y RODRIGUEZ: *La retroacción de la quiebra: estados doctrinal y jurisprudencial actuales y perspectivas de evolución futura de la interpretación de la legislación vigente*, A.D.C., 1995-IV, págs. 1529-1632.

IGLESIA: *La creación del Derecho*, I, Signo, 1992.

JAUERNIG, O.: *Zwangsvollstreckungs- und Konkursrecht*, Verlag C.H. Beck, München, 1985.

JORDANO BAREA:

- *Asunción de deuda*, comentario a la S.T.S. 10 febrero 1950.
- *El negocio fiduciario*, J.M^a Bosch, Barcelona, 1959.
- *Mandato para adquirir y titularidad fiduciaria*, A.D.C., 1983-IV.

JORDANO FRAGA:

- *Los acreedores del llamado a una sucesión "mortis causa", ante el ejercicio por éste del "ius delationis"*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 1996.
- *El dies a quo para el cómputo del plazo de la acción revocatoria o Pauliana (con motivo de una jurisprudencia reciente)*, R.C.D.I., 1995, nº 626, págs. 71-128.
- *Comentario a la sentencia de 4 de septiembre de 1995*, C.C.J.C., nº 40, enero - marzo 1996, 1076.

JÖRS / KUNKEL: *Derecho privado romano*, traducción de la 2ª edición alemana por L. Prieto Castro, Ed. Labor, 1937.

KASER: *Derecho romano privado*, versión directa de la 5ª edición alemana por J. Santa Cruz Teijeiro, Reus S.A., 1968.

KIPP: *Impugnación de los actos "in fraudem creditorum", en Derecho romano y en el moderno Derecho alemán, con referencia al Derecho español*, R.D.P., R.D.P., 1924, págs. 1-23.

LACRUZ (y otros):

- *Elementos de Derecho Civil*: I-3º, LB, 1984; II-1º, 2ª ed., LB, 1985; II-3º, 2ª ed., LB, 1986; III-2º, LB, 1980; V, *Derecho de sucesiones*, 5ª ed., JB, 1993 (y LB, 1988).
- *Nociones de Derecho Civil patrimonial*, 6ª edición revisada y puesta al día por Delgado Echeverría, JB, 1992.

LALAGUNA: *La acción revocatoria y la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, R.G.D., 1993 (marzo), nº 582, págs. 1259-1278.

LAURENT:

- *Principes de Droit Civil*, IX, 1873.
- *Droit Civil*, XXXII, Bruselas-París, 1878.

LAZARO SANCHEZ: *La nulidad de la Sociedad Anónima*, JB, 1994.

LOHMANN LUCA DE TENA: *Apuntes para una distinta aproximación a la acción Pauliana*, R.G.L.J., págs. 469-506, 1984.

LOIS ESTEVEZ: *La distinción de condominio y sociedad*, R.G.L.J., 181, 1947, págs. 681-709.

LOPEZ JACOISTE:

- *Comentario del Código civil*, I, Ministerio de Justicia, 1993, art. 1.034.
- *Sobre la aporía de la equivalencia contractual*, en *Estudios Jurídicos en homenaje al Profesor Federico de Castro*, II, Tecnos, 1976.

LOPEZ LOPEZ: *El deber de manifestarse en estado de quiebra*, A.D.C., 1954-II.

LOPEZ PALOP: *La donación remuneratoria y el artículo 622 de nuestro Código Civil*, A.A.M.N., t.3, págs. 9-59.

LOPEZ VILAS: *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, XVI-1º, Edersa, 1980.

LOUSSOUARN: *Action paulienne. Notion de fraude*, *Jurisprudence française en matière de Droit civil*, Riv. trim. dr. civ., 1974.

LLEBARIA SAMPER: *Insolvencia civil, "par conditio creditorum" y rescisión de hipoteca. Comentario a la S.T.S. de 28 de marzo de 1988*, La Ley, 1989-3, págs. 921- 934.

MANRESA: *Comentarios al Código Civil español*, III, Madrid, 1893; V, Madrid, 1896 (y 6ª ed., Reus S.A., 1951); VII, Madrid, 1900; VIII, Madrid, 1901 (y VIII-1º, 6ª ed., Reus S.A., 1967); XII, Madrid, 1907.

MARCOS GONZALEZ: *El periodo de retroacción en el proceso de quiebra*, R.D.Procesal, 1995, 3, págs. 897-967.

MARTIN LAZARO: *Sociedad y comunidad*, R.D.P., 26, 1942, págs. 690-698.

MARTIN PEREZ:

- *Comentario a la S.T.S. 3 octubre 1995*, C.C.J.C., 40, enero-marzo 1996, nº 1077.
- *La rescisión del contrato (En torno a la lesión contractual y el fraude de acreedores)*, JB, 1995.

MARTIN RETORTILLO: *La lucha contra el fraude civil (la acción pauliana)*, Bosch, 1943.

MARTIN SANTISTEBAN: *Alcance y significación de la insolvencia como base del presupuesto objetivo de la declaración de quiebra (Comentario a las SSTs de 9-1-1984 y 13-10-1989)*, Sección de Jurisprudencia del Tribunal Supremo (Sentencias comentadas) del A.D.C., 1995-I, págs. 447-465.

MARTINEZ ALFARO: *Teoría de las obligaciones*, Ed. Porrúa, S.A., México, 1989.

MARTINEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ: *Comentario a la S.T.S. de 14 de diciembre de 1994*, C.C.J.C., 38, nº 1025.

- MARTY / RAYNAUD y JESTAZ:** *Droit civil. Les obligations*, II, 2ª ed., Sirey, 1989.
- MASSAGUER FUENTES:** *La reintegración de la masa en los procedimientos concursales*, LB, 1986.
- MAY:** *Éléments de Droit romain*, 17ª ed., París, 1927.
- MAZEAUD y MAZEAUD / CHABAS:** *Leçons de Droit civil (obligations)*, II-1, 8ª ed., Montchrestien, 1991.
- MESTRE:** *Jurisprudence française en matière de Droit civil. Les conditions d'exercice de l'action paulienne*, Rev. trim. dr. civ., 1984.
- MEZQUITA DEL CACHO:** *Sobre la supuesta especialidad del derecho catalán respecto al cómputo de la caducidad de la acción rescisoria de donaciones en fraude de acreedores*, R.J.C., 1994, 1, págs. 159-177.
- MICCIO:** *I diritti di credito*, I, Utet, Turín, 1971.
- MINERVINI:** *La prescrizione ed i "terzi"*, Edizioni Scientifiche Italiane, 1994, 284 págs.
- MIRABELLI:**
- *Della prescrizione*, 2ª ed., 1915.
 - *La rescissione del contratto*, Napoli, 1962, 481 págs.
- MIQUEL GONZALEZ, J.Mª:**
- *Comentario del Código Civil*, I, Ministerio de Justicia, 1993.
 - *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, V-2º, Edersa, 1985.
- MONTSERRAT VALERO:** *Comentario a la S.T.S. 14 diciembre 1993*, C.C.J.C., 1994, 34, nº 912, págs. 233-242.
- MORALES MORENO:**
- *Comentario del Código Civil*, II, Ministerio de Justicia, 1991, art. 1.424.
 - *Enciclopedia Jurídica Básica*, I, Cívitas, 1ª ed., 1995, voz "Causa (Dº Civil)".
 - *Enajenaciones de bienes en fraude de acreedores*, Conferencia inédita pronunciada el 25 de marzo de 1992 en el seminario sobre *Problemas jurídicos de los actos en fraude de acreedores*, organizado por Management Forum España S.A.
 - *El error en los contratos*, Ceura, 1988.
- MORELL y TERRY:** *Comentarios a la ley hipotecaria*, Madrid, 1917.

MORENO QUESADA:

- *Comentario del Código Civil*, II, Ministerio de Justicia, 1991 y 1993, art. 1.297.
- *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, XVII-2º, Edersa, 1981, arts. 1.290-1.299.

NAVARRO PEREZ:

- *La cesión de créditos en el Derecho Civil español*, Comares, 1988, 302 págs.
- *Responsabilidad y garantía en la cesión de créditos*, R.G.L.J., 232, 1972-I, págs. 13-52.

NAVAS VAZQUEZ: *Interpretación y Calificación en Derecho tributario*, en los Comentarios a la Ley General Tributaria y líneas para su reforma, en Homenaje a Fernando Sainz de Bujanda, I, Instituto de Estudios Fiscales, 1991.

NUÑEZ LAGOS: *Pago de lo indebido sin error*, R.G.L.J., febrero 1946, págs. 129-157.

OCAÑA RODRIGUEZ: *Deudas y sociedad de gananciales*, Colex, 1994.

O'CALLAGHAN: *Comentario del Código civil*, I, Ministerio de Justicia, 1993.

OERTMANN: *Transmisión de obligaciones*, traducido del alemán por W. Roces, R.D.P., 1923, págs. 99-117.

OLIVENCIA: *La compensación en la quiebra y el art. 926 del Código de comercio*, A.D.C., 1958.

ORDUÑA MORENO:

- *La acción rescisoria por fraude de acreedores en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, 2ª ed., JB, 1992.
- *La insolvencia: análisis de su concepto y concreción de su régimen jurídico*, Tirant lo blanch, Valencia, 1994.

OSSORIO SERRANO: *El legado de deuda*, A.D.C., 1985-IV, págs. 941-977.

PAJARDI: *Codice del fallimento*, Giuffrè Editore, 1991.

PANTALEON PRIETO:

- *Asociación y sociedad (A propósito de una errata del Código civil)*, A.D.C., 1993-I, págs. 5-56.
- *Comentario del Código Civil*, I, Ministerio de Justicia, 1993.
- *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, VIII-1, Edersa.
- *Cesión de créditos*, (voz) Enciclopedias Jurídicas Cívitas, I, 1995.
- *Cesión de créditos*, A.D.C., 1988, págs. 1033-1131.

PASCUAL ESTEVILL: *El pago*, Bosch, 1986.

PASCUAU LIAÑO: *Comentario a la S.T.S. 24 noviembre 1988, C.C.J.C., 1988, 18, n° 481, págs. 1021-1031.*

PAZ-ARES: *Comentario del Código Civil, II*, Ministerio de Justicia, 1993.

PEÑA BERNALDO DE QUIROS:

- *Derecho de familia*, U.C. Madrid, 1989.

- *Derechos reales. Derecho hipotecario*, 2ª ed., U.C.M., 1986.

- *La herencia y las deudas del causante*, 1967.

PEREZ PASCUAL: *La responsabilidad por la insolvencia del deudor en la cesión de créditos*, R.D.P., 1989, págs. 411-466.

PEREZ y ALGUER: *Notas a Enneccerus*, II-1, Bosch c.e., 3ª ed., 1966.

PERLINGIERI: *Remissione del debito e rinunzia al credito*, Eugenio Jovene, 1968.

PESUCCI: *"Par condicio creditorum", revocatoria fallimentare e garanzie prestate dal fallito*, Rivista del Diritto Commerciale, 1989.

PETER, H.: *L'action revocatoire dans les groupes de societes*, Helbing & Lichtenhahn, Faculté de Droit de Genève, 1990.

PIANO MORTARI: *L'azione revocatoria nella giurisprudenza medievale*, Università di Catania, pubblicazioni della facoltà di giurisprudenza, 43, ed. Giuffrè, Milano, 1962.

PINO: *La eccessiva onerosità della prestazione*, traducción por De Mallol, "La excesiva onerosidad de la prestación", ed. J.Mª Bosch, Barcelona, 1959.

PLANIOL y RIPERT: *Traité pratique de Droit civil français*, VII, 10ª ed., París, 1954.

POTHIER: *Tratado de las obligaciones* (1824), en la versión castellana de Dupin-De las Cuevas, ed. Heliasta, 1978.

PRADA GONZALEZ: *La onerosidad y gratuidad de los actos jurídicos*, A.A.M.N., XVI, Reus S.A., 1968, págs. 255-393.

PUIG BRUTAU:

- *Compendio de Derecho Civil*, II, Bosch, 2ª ed., 1994.

- *Fundamentos de Derecho Civil*, Bosch: I-2º, 4ª ed., 1988 (y 3ª ed., 1985); II, 1982; II-1º, 3ª ed., 1988; II-2º, 2ª ed., 1982; III-1º, 3ª ed., 1989; III-2º, 3ª ed., 1979; V-3º, 1983.

- *Caducidad y prescripción extintiva*, Bosch, 1986.

- *Caducidad, prescripción extintiva y usucapión*, 3ª ed. actualizada y ampliada,

Bosch, Barcelona, 1996.

PUIG PEÑA:

- *Teoría de la acción Pauliana*, R.D.P., 1945.
- *Compendio de Derecho Civil español*: I, Aranzadi, 1972; III-1, Nauta, 1966.

RAGEL: *El acreedor frente a la disolución de la sociedad de gananciales*, Centenario del Código civil, Ceura, II, 1990.

RAGEL SANCHEZ: *Protección del tercero frente a la actuación jurídica ajena: la inoponibilidad*, tirant lo blanch, 1994.

REZZONICO: *Estudio de las obligaciones*, 9ª ed., I-1ª, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1961.

ROCA JUAN:

- *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, XIV-2º, Edersa, 1989.
- *La renuncia liberatoria del comunero*, A.D.C., 1957-I, págs. 91-125.

ROCA SASTRE:

- *La acción revocatoria de donaciones en la Compilación*, A.D.C., 1962, I, págs. 3-17.
- *L'acció pauliana i la constitució "Per tolre frauds"*, R.J.C., XVI, abril-junio/1935, págs. 123-140 (el trabajo se publicó también en *Estudios Varios*, I de E., Madrid, 1988, págs. 243-257).
- *La acción pauliana y el artículo 37 de la ley hipotecaria*, R.C.D.I., XI, 1935.

ROCA SASTRE y PUIG BRUTAU:

- *Estipulaciones en favor de tercero*, Estudios de Derecho privado, I, Barcelona, 1948, págs. 210-232.
- *La transmisión pasiva de obligaciones a título singular*, Estudios de Derecho privado, I-2º, Barcelona, 1948.
- *La donación remuneratoria*, Estudios de Derecho privado, II, Barcelona, 1948, págs. 521-564.

ROCA SASTRE y ROCA-SASTRE MUNCUNILL: *Efectos de la inscripción respecto de los actos y contratos nulos; (Las acciones rescisoria y resolutoria en el Registro; Efectos hipotecarios de la acción pauliana)*, en *Derecho hipotecario*, I, 7ª ed., Ed. Bosch, 1979.

ROCA TRIAS y PUIG FERROL: *Institucions del Dret Civil de Catalunya*, I, 4ª ed., tiram lo blanch, 1993.

RODRIGUEZ-ARIAS: *La obligación natural*, I.E. Reus, 1953.

RODRIGUEZ MORATA, F.A.:

- Comentario a la S.T.S. 16 febrero 1993, en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil* n.31, enero-marzo 1993, nº 826.

- *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, XXV-1º, Edersa, 1993.

ROJO AJURIA: *La compensación como garantía*, Cívitas, 1992.

ROJO FERNANDEZ-RIO:

- *Introducción al sistema de reintegración de la masa de la quiebra*, R.D.M., nº 151, 1979, págs. 37-100.

- *Suspensión de pagos*, curso de doctorado impartido en la U.A.M. durante el curso 93-94.

ROSELLI: *I mezzi di conservazione nella garanzia patrimoniale*, Utet, 1990.

RUIZ SERRAMALERA: *Lecciones de Derecho Civil*, Derecho de sucesiones (II), Madrid, 1979.

SANCHEZ BLANCO: *Onerosidad, gratuidad y causa*, R.D.P., 1952, págs. 476-510.

SANCHEZ CALERO:

- *Comentario del Código Civil*, I, Ministerio de Justicia, 1993.

- *Instituciones de Derecho mercantil*, I y II, 17 ed., Editorial Revista de Derecho Privado, 1994.

SANCHEZ ROMAN:

- *Estudios de Derecho Civil*, IV, 2ª ed., Madrid, 1899.

- *Derecho Civil español, común y foral*, libro 2º, tomo IV, 2ª ed., 1899, art. 643.

SANCHO REBULLIDA:

- *Elementos de Derecho Civil*, por Lacruz y otros, II-1º, 3ª ed., JB, 1994.

- *Notas sobre la naturaleza jurídica de la condonación de las obligaciones*, R.D.P., 1955, págs. 130-153.

- *La novación de las obligaciones*, Nauta, 1964.

- *Comentario del Código Civil*, II, Ministerio de Justicia, 1993.

- *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, XVI-1º, Edersa, 1980.

- SANDULLI:** *Gratuità dell'attribuzione e revocatoria fallimentare*, ed. Eugenio Jovene, 1976.
- SASTRE PAPIOL:** *Aspectos de Derecho concursal y seguridad del crédito territorial (La retroacción de la quiebra y sus efectos sobre las hipotecas)*, R.G.D., 1993, nº 588, págs. 8691-8730.
- SARMIENTO RAMOS:** *Comentario del Código Civil*, I, Ministerio de Justicia, 1993.
- SAVIGNY:** *Sistema de Derecho romano actual*, traducción del alemán al francés por Guenoux y vertida al castellano por Mesía y Poley, III y IV, Madrid, 1879.
- SCAEVOLA:**
- *Código Civil, comentado y concordado*: I, 5ª ed., 1912; VII, 1896; IX, 1900; XI, 1896; XII-II, 5ª ed., 1943; XVII, 1900; XVIII, Madrid, 1901; XIX, 1902; XX, 1904; XXXII-1º, 1965.
- SCYBOZ y GILLIÉRON:** *Code civil suisse et Code des obligations annotés*, Payot Lausanne, 1988, art. 250 CO.
- SEOANE PRADO:** *Cuestiones procesales que plantea la defensa de terceros y acreedores en situaciones de cambio convencional del régimen económico matrimonial. Medidas cautelares*, en "Régimen económico matrimonial y la protección de acreedores", C.G.P.J., Cuadernos de Derecho Judicial, VI, 1995.
- SERNA MEROÑO:** *Notas sobre la remisión de la deuda*, en Homenaje a Juan Roca Juan, 1989.
- SIMON ACOSTA:** *Los incrementos y disminuciones de patrimonio gravados en el IRPF: concepto y ámbito*, Revista española de Derecho Financiero, nº 75, julio-sept. 1992, Cívitas.
- SINAY:** *Action paulienne et responsabilité délictuelle a la lumière de la jurisprudence récente*, Rev. trim. dr. civ., 1948, págs. 183 y siguientes.
- SOTILLO:** *El principio pauliano en la retroacción*, R.G.D., 1964, págs. 551-557 y 734-740.
- SOTO VAZQUEZ:** *Aspectos concursales del patrimonio del insolvente*, Comares, 1995.
- STORCH DE GRACIA:** *Construcción jurídica de la asunción de deuda en el Derecho español*, La Ley, 1987-4, págs. 1089-1116.
- TABERA:** *El Derecho romano en España poco antes y poco después de Justiniano*, conferencia publicada por el Ilustre Colegio de Abogados de Albacete, 1953.

TAISNE: en *Juris Classeur*, (*Prescription*, civil), 2, 1983.

TUHR, Von: *Der allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts*, (vertido al español), I-1, 1946.

TOMILLO URBINA: *El vencimiento anticipado de las deudas en la quiebra*, Cívitas, 1996.

TORRALBA SORIANO:

- *El modo en el Derecho civil*, Montecorvo, 1967.

- *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, II, Tecnos, 1984.

TORRES LANA: *Comentario del Código civil*, II, Ministerio de Justicia, 1993.

TRAVIESAS: *La renuncia*, R.G.L.J., 1929, 155, págs. 554-584.

TUR FAUNDEZ: *El derecho de reembolso*, Editorial General de Derecho, Valencia, 1996.

VACAS MEDINA:

- *La reforma de nuestro Derecho concursal*, R.G.D., octubre-noviembre 1983,

Estudios de Derecho concursal, de J.M^a Sagrera Tizón, LB, 1989, págs. 371-420.

VALPUESTA: *Comentario del Código civil*, II, Ministerio de Justicia, 1993.

VALVERDE Y VALVERDE: *Tratado de Derecho civil español*, III, 4^a ed., Talleres Bibliográficos, Valladolid, 1937.

VALLET DE GOYTISOLO:

- *Negocios en fraude de ley simulados, fiduciarios e indirectos*, Revista Jurídica del Notariado, abril-junio 1995, págs. 199-232.

- *Panorama del Derecho de Sucesiones*, I, Cívitas, 1982 y II, Cívitas, 1984.

- *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, XIV-2º, Edersa, 1989.

VAZQUEZ IRUZUBIETA:

- *Régimen económico del matrimonio, Ley 11/1981 de 13 de mayo*, Edersa, 1982.

- *Doctrina y Jurisprudencia del Código civil*, 4^a ed., Edersa, 1992.

VICENT CHULIA, F.: *Compendio crítico de Derecho mercantil*, II, 3^a ed., J.M^a. Bosch, 1990.

VILLARES PICO: *Sobre el artículo 37 L.H. y la rescisión en fraude de acreedores*, R.C.Í.I., IX, 1933, págs. 811 y siguientes.

WALDER-BOHNER, H.U.: *Schuldbetreibungs- und Konkursrecht*, II, Schulthess Polygraphischer Verlag Zürich, 1983.

WEITH, E.: *De l'action paulienne en droit romain et en droit vaudois, avec un aperçu sur l'action révocatoire du projet de loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite*, Lausanne, 1887.

WINDSCHEID: *Tratado de Derecho civil alemán*, I-1º, traducción de Fernando Hinesrosa de la 8ª edición, con anotaciones de T. Kipp, Bogotá, U. Externado de Colombia, 1987.

INTRODUCCION.- (págs. 1-5).

CUESTIONES PREVIAS.- (pág. 6)

Introducción (págs. 7-8)

1ª El origen y desarrollo de la acción pauliana (págs. 9-47)

I. Introducción

II. El origen de la acción pauliana: el Derecho romano

II.1. Aspectos generales

1.1. Del origen de la acción

A. El Edicto de Adriano

B. En la época justiniana

1.2. Del nombre de la acción

1.3. La tesis de Xavier D'Ors

II.2. Digesto 42, 8

III. El redescubrimiento del Derecho romano en la Edad Media: El estudio y desarrollo de los mecanismos revocatorios en Italia y en Francia (según Piano Mortari)

III.1. La Escuela de los Glosadores (Bolonía)

1.1. Los glosadores preaccursianos

1.2. La Glosa de Accursio

III.2. La revocatoria en el Derecho estatutario (Italia, s. XIII)

III.3. La obra de los juristas postaccursianos (Italia)

III.4. La Escuela de Orleans (Francia)

III.5. La doctrina de los Comentaristas (Italia)

5.1. Giason del Maino

IV. El desarrollo de la acción pauliana tras la recepción del Derecho romano en Alemania

V. El desarrollo de la acción pauliana tras la recepción del Derecho romano en la Península Ibérica

V.1. Las Partidas (s. XIII)

V.2. La acción revocatoria en la obra de Hevia Bolaños (1790)

2.1. "Revocatoria por acción real o h(y)potecaria"

A. Pluralidad de acreedores y conflicto de créditos

2.2. Revocatoria por acción personal

A. Requisitos

B. Presunciones de fraude

C. Alcance de la revocatoria

D. Plazo

E. Tratamiento de los pagos hechos por el deudor insolvente y de determinados actos de renuncia

E.1. Los pagos hechos por el deudor insolvente

a. El pago por cuenta de deudas vencidas

b. El pago por cuenta de deudas no vencidas

E.2. La quita de deuda

E.3. La renuncia al legado

E.4. La renuncia a la herencia

VI. La regulación del fraude de acreedores en el periodo de la Codificación

2ª El régimen jurídico vigente de la acción pauliana. Su formación y consolidación (págs. 48-84)

I. Introducción

II. La acción revocatoria del Código civil

II.1. El Proyecto de Código civil de 1851

II.2. El Código civil (1888-1889)

2.1. Legitimación activa (el crédito) y legitimación pasiva

2.2. Validez del acto revocable y diferencia con el simulado

2.3. El concepto de fraude

2.4. Los efectos

2.5. El plazo

III. La acción revocatoria de la quiebra

III.1. Las Ordenanzas de Bilbao (1737)

III.2. Los mecanismos de reintegración de la masa en el vigente procedimiento de

quiebra (arts. 878-882 CCo)

2.1. La retroacción de los efectos de la quiebra (art. 878-II CCo)

2.2. Las acciones revocatorias de la quiebra (arts. 879-882 CCo)

III.3. La propuesta de anteproyecto de ley concursal (1996)

3ª La regulación del fraude de acreedores en otros países de nuestro entorno

El sistema italiano (págs. 85-94)

I. Aspectos generales

II. Principios generales y revocatoria ordinaria

II.1. Presupuestos para el ejercicio de la acción revocatoria

II.2. Actos sujetos a la acción revocatoria

III. Revocatoria de la quiebra (*revocatoria fallimentare*)

III.1. Actos a título gratuito

III.2. Actos celebrados a título oneroso

III.3. Pagos

III.4. Constitución de garantías

III.5. Transmisiones de bienes entre cónyuges

El sistema francés (págs. 95-105)

I. Aspectos generales

II. La acción pauliana en el *Code civil*

II.1. Presupuestos para el ejercicio de la acción pauliana

II.2. Actos impugnables por el ejercicio de la acción pauliana

II.3. Efectos de la acción pauliana

III. La acción de nulidad en el procedimiento de quiebra

III.1. Actos objetivamente fraudulentos

III.2. Actos nulos si el tercero tuvo conocimiento de la cesación de pagos en el momento en que se hicieron

El sistema alemán (págs. 106-118)

- I. Introducción
- II. La reforma del Derecho alemán de la insolvencia
- III. *Anfechtung*: Modalidades de impugnación
- IV. La impugnación concursal (*Konkursanfechtung*)
 - IV.1. Presupuestos para el ejercicio de la *Konkursanfechtung*:
 - 1.1. El perjuicio de los acreedores
 - 1.2. Otros factores alternativos
 - IV.2. Supuestos de ejercicio de la *Konkursanfechtung*
 - 2.1. En la *Konkursordnung*
 - 2.2. En la *Insolvenzordnung*
- V. La impugnación por el acreedor fuera del procedimiento concursal (*Gläubigeranfechtung*)

El sistema suizo (págs. 119-129)

- I. Introducción
- II. La acción pauliana en el Derecho del cantón de Vaud
- III. La acción revocatoria en la *Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite* de 1889 (antes y después de la reforma de 1994, en vigor desde enero de 1997)
 - III.1. Objeto de la acción pauliana
 - III.2. Legitimación activa
 - III.3. Legitimación pasiva y efectos de la acción pauliana. La "obligación revocatoria"
 - III.4. Actos revocables (arts. 286-288 LP)
 - 4.1. Disposiciones a título gratuito
 - 4.2. Pagos y constitución de garantías
 - 4.3. Actos con fraude subjetivo (*consilium fraudis*)
 - III.5. Plazo
- IV. Supuestos especiales
 - IV.1. La compensación (art. 214 LP)
 - IV.2. Modificación del régimen económico matrimonial (art. 193 CC)
 - IV.3. Repudiación de herencia (art. 578 CC)

IV.4. Transferencias de patrimonio entre sociedades del mismo grupo

El sistema británico (págs. 130-142)

I. Introducción

II. Implicaciones de la declaración de insolvencia en relación con determinados actos del deudor

II.1. Actos jurídicos posteriores a la solicitud (art. 284 IA)

II.2. Actos jurídicos anteriores a la solicitud (arts. 339-341 IA)

2.1. "Transactions at an undervalue and Preferences"

A. "Transactions at an undervalue" (art. 339 IA)

B. "Preferences" (art. 340 IA)

2.2. El "momento relevante" (art. 341 IA)

2.3. Legitimación activa

2.4. Ordenes para restaurar el patrimonio del deudor

2.5. Protección de los terceros

III. Tratamiento de las "transactions defrauding creditors"

III.1. La ley anterior a la *Insolvency Act* de 1986

III.2. La *Insolvency Act* de 1986 (artículos 423-425)

2.1. Las sugerencias del comité de reforma

2.2. Requisitos para la reparación del daño

2.3. La orden del órgano jurisdiccional en aplicación de los artículos 423-425

2.4. Efectos para terceros

Resumen y consideraciones finales (págs. 143-147)

CAPITULO PRIMERO.- En busca de un concepto puramente objetivo de fraude: La donación realizada por el insolvente (págs. 148-179)

I. Introducción

II. Del donatario y las deudas del donante (art. 643 CC)

II.1. El origen del precepto

II.2. El artículo 880.5º CCo y el artículo 340 de la Compilación catalana

II.3. El artículo 1.297-I CC y la aportación del artículo 643 CC al régimen general de la acción pauliana

III. La situación jurídica vulnerable del donatario de buena fe

III.1. La debilidad del título gratuito

IV. La objetivación del concepto de fraude

V. Conclusiones

CAPITULO SEGUNDO.- La donación modal (págs. 180-203)

I. Introducción

II. Determinación del régimen jurídico aplicable a la donación modal

II.1. La donación modal es siempre una liberalidad

II.2. La donación modal puede presentar caracteres de onerosidad

II.3. No procede la aplicación plena e indiscriminada de las reglas de la donación ordinaria

II.4. Interpretación doctrinal del artículo 622 CC

III. Ambitos para una posible aplicación del artículo 643 CC

III.1. Modo en interés del donatario

III.2. Modo en interés de tercero

2.1. Antes de que nazca el derecho del tercero

2.2. Una vez que existe aceptación del tercero

A. Pendiente el cumplimiento de la prestación modal

B. Si la prestación en interés de tercero ya se hubiese realizado

B.1. Causa solvendi (remisión a los supuestos de modo en interés del donante)

B.2. Causa credendi

B.3. Causa donandi

III.3. Modo en interés del donante

- 3.1. Donación con modo en interés del donante y en la que no se aprecia una relación de valuta entre donante y tercero**
- 3.2. Donación modal en la que se aprecia la relación de valuta entre donante y tercero (modo solvendi causa). La donación del artículo 642 CC**

IV. Conclusiones

CAPITULO TERCERO.- La donación remuneratoria (págs. 204-230)

I. Introducción

II. Cuestiones previas

- II.1. La delimitación del concepto de donación remuneratoria**
- II.2. La confusión acerca de la naturaleza jurídica de la donación remuneratoria**
- II.3. Una aproximación al régimen jurídico aplicable a la donación remuneratoria. E artículo 622 del Código civil**
 - 3.1. Conflictos de interés entre donante y donatario**
 - 3.2. Conflictos de interés entre donatario y herederos del donante**
 - 3.3. Conflictos de interés entre donatario y acreedores del donante**

III. La impugnación de la donación remuneratoria

- III.1. Objeciones a la objetivación del fraude en caso de donación remuneratoria**
 - Respuesta a las objeciones**
 - 1.1. El artículo 880-5º del Código de comercio**
 - 1.2. El beneficio económicamente valorable al que da lugar el comportamiento remunerado**
- III.2. Razones que justifican la consideración de la donación remuneratoria como contrato objetivamente fraudulento**

IV. Conclusiones

CAPITULO CUARTO.- Los actos particionales y el fraude de acreedores (págs. 231-293)

I. Introducción

II. Una breve alusión a los conflictos entre los acreedores por razón de las deudas de la masa común y los acreedores particulares de los comuneros en las operaciones de división y partición

II.1. La comunidad de bienes

II.2. La herencia que ya ha sido aceptada

II.3. La sociedad civil

II.4. La sociedad de gananciales

III. Los actos particionales y el fraude de acreedores

III.1. La facultad de los acreedores particulares de intervenir en la partición o de oponerse a que la división se realice sin su concurso

1.1. El artículo 1.083 CC

1.2. El artículo 403 CC

A. Los acreedores particulares de un comunero no usaron la facultad de oposición a que la división se realizase sin su concurso

B. Los acreedores usaron la facultad de oponerse a que la división se realizase sin su concurso

B.1. No concurrieron a la división

B.2. Concurrieron a la división

a. Aceptaron

b. Manifestaron su desacuerdo

c. Se reservaron su opinión

1.3. La generalización del régimen del artículo 403 CC a la impugnación de los actos particionales

III.2. La impugnación de los actos particionales

IV. La disolución de la sociedad de gananciales y el fraude de acreedores

IV.1. El artículo 1.317 CC

1.1. El artículo 1.317 CC y las deudas consorciales

1.2. El artículo 1.317 CC es irrelevante si la deuda es privativa

IV.2. La impugnación de la disolución de la sociedad de gananciales

V. Conclusiones

CAPITULO QUINTO.- La falta de equivalencia de las prestaciones en los contratos onerosos como posible manifestación del fraude (págs. 294-320)

I. Introducción

II. La objetivación del fraude en los supuestos de notable falta de equivalencia de las prestaciones

II.1. Objeciones

II.2. Crítica a las objeciones

III. Algunos argumentos para una objetivación del fraude

III.1. Algunos datos de la trayectoria histórica de la doctrina de la acción pauliana

1.1. La Escuela de los Glosadores (Accursio) y la doctrina de los Comentaristas (Bártolo y Giason del Maino)

1.2. La obra de Hevia Bolaños

1.3. La Ley Hipotecaria de 1861

III.2. Algunas referencias por parte de la doctrina

2.1. La doctrina española

2.2. La doctrina extranjera

III.3. Del Derecho positivo español y del Derecho comparado (Italia, Gran Bretaña, Suiza y Francia)

III.4. Dos sentencias del Tribunal Supremo

III.5. El legislador de otras áreas

IV. Diversas cuestiones en torno al mecanismo de la objetivación

IV.1. ¿Cuáles son los efectos de la objetivación?

IV.2. ¿Y si el bajo precio que se ofreció al adquirente fué decisivo para moverle a comprar?

IV.3. ¿Y cuando el deudor enajena por el menor precio de los ofrecidos, pero precio equivalente al valor de la cosa?

IV.4. ¿Qué criterio puede proponerse como parámetro para la objetivación del fraude?

IV.5. ¿Qué criterio seguir cuando existe diferencia entre el precio declarado y el precio pactado realmente?

V. Conclusiones

CAPITULO SEXTO.- El fraude realizado a través de los actos abdicativos (págs. 321-375)

I. Introducción

II. Algunas dificultades para una sistematización del tratamiento de los actos abdicativos lesivos del derecho de crédito

III. La irrelevancia de la no aceptación de la donación

IV. La repudiación de herencia (el artículo 1.001 CC)

V. La renuncia al legado

V.1. De la adquisición del legado y la renuncia al legado

V.2. De la renuncia al legado y la tutela del derecho de crédito

VI. La renuncia a la prescripción ganada y la no oposición de la facultad de prescripción

VI.1. El artículo 1.397 CC

VI.2. La eficacia de la renuncia a la prescripción ganada

VI.3. Supuestos de prescripción adquisitiva

3.1. El deudor no opone la prescripción adquisitiva

3.2. El deudor renuncia a la prescripción adquisitiva ganada

3.3. Plazos para el ejercicio por los acreedores de la facultad de oponer la prescripción

3.4. Enajenación del bien no usucapido a un tercero

VI.4. Supuestos de prescripción extintiva

4.1. Ejecución del crédito prescrito

4.2. Concurso de acreedores

4.3. Pago de la deuda prescrita

VII. La remisión de deuda y la renuncia al crédito

VII.1. No se identifica la remisión de deuda con la renuncia al crédito

VII.2. La naturaleza y algunos caracteres de la condonación y de la renuncia al crédito

VII.3. Un tratamiento de la condonación lesiva del derecho de crédito. La irrelevancia de la renuncia al crédito

VIII. La renuncia a derechos reales

VIII.1. Los actos abdicativos del derecho de propiedad

1.1. Si la cosa abandonada es un bien mueble y ha sido ocupada o si se trata de un bien inmueble

1.2. Si la cosa mueble no ha sido ocupada (*res nullius*)

VIII.2. Los actos de renuncia a otros derechos reales

IX. Conclusiones

CAPITULO SEPTIMO.- Los pagos hechos en estado de insolvencia (págs. 376-422)

I. Introducción

II. Las reglas aplicables. Distintos resultados de su aplicación

III. El pago de obligaciones a cuyo cumplimiento no puede ser compelido el deudor: una interpretación del artículo 1.292 CC

III.1. El pago en virtud de una obligación sometida a condición

III.2. El pago anticipado. Es el supuesto propio del art. 1.292 CC

III.3. El pago de una obligación natural

III.4. El pago de una obligación prescrita

III.5. El pago de una obligación nacida de un contrato anulable

III.6. El pago en virtud de deudas de juego

III.7. El pago de una obligación supuesta o en virtud de un contrato nulo

III.8. El pago en virtud de un procedimiento judicial que después se declara nulo e ineficaz

IV. El pago de obligaciones vencidas y exigibles

IV.1. Del alcance del principio de la *par condicio creditorum*

1.1. Como una regla por la que se rigen los procedimientos concursales

1.2. Como determinante de un deber del deudor. ¿Un deber de presentarse en estado de insolvencia?

A. Del deber de presentarse en concurso

B. Del deber de presentarse en estado de suspensión de pagos o en estado de quiebra

1.3. Como garantía de un interés protegido de los acreedores. ¿*Par condicio* fuera del concurso o de la quiebra?

IV.2. *¿Consilium fraudis* en el pago de obligaciones exigibles?

IV.3. ¿Existen casos en que un acreedor deba abstenerse de cobrar? El abuso del derecho: Una solución fuera del ámbito del fraude

V. Conclusiones

CAPITULO OCTAVO.- La compensación (págs. 423-434)

I. Introducción

II. El concepto, la naturaleza y los tipos de compensación

II.1. La compensación legal

II.2. La compensación judicial

II.3. La compensación voluntaria

III. La compensación realizada en estado de insolvencia

III.1. La compensación en la quiebra

III.2. La compensación del deudor insolvente (insolvencia no declarada)

IV. Conclusiones

CAPITULO NOVENO.- La constitución de garantías y la lesión del crédito de los restantes acreedores: Un estudio de la hipoteca constituida en estado de insolvencia (págs. 435-462)

I. Introducción

II. Razón histórica de la normativa o de la falta de una normativa al respecto

III. La doctrina del Tribunal Supremo

IV. Del tratamiento de la hipoteca constituida en estado de insolvencia. Una propuesta de aplicación del régimen de los pagos hechos en estado de insolvencia

IV.1. Las principales soluciones que se han dado

1.1. La posible aplicación del art. 1.297-I CC

1.2. La posible lesión de la *par condicio creditorum*

1.3. La mala fe en el otorgamiento de un privilegio

VI.2. Proponemos tratar la hipoteca según el régimen que vimos para los pagos hechos en estado de insolvencia

V. Conclusiones

CAPITULO DECIMO.- El negocio fiduciario y el fraude de acreedores (págs. 463-473)

I. Introducción

II. El negocio fiduciario y la titularidad fiduciaria

III. La insolvencia del fiduciante. La insolvencia del fiduciario

Diversos conflictos de intereses

III.1. Fiducia cum creditore

III.2. Fiducia cum amico

IV. Conclusiones

CAPITULO UNDECIMO.- La alteración de la relación obligatoria y el fraude de acreedores (pág. 474-521)

I. Introducción

II. La expromisión

II.1. De la protección de los acreedores del acreedor

1.1. De la protección de los acreedores del acreedor lesionados por el cambio de patrimonio deudor

1.2. De la protección de los acreedores del acreedor lesionados por la extinción de las garantías de la obligación novada. El artículo 1.207 CC

II.2. De la protección de los acreedores del nuevo deudor

III. La asunción de deuda

III.1. De la protección del crédito de terceros en los casos de asunción de deuda. El artículo 1.206 CC

IV. La delegación

IV.1. Delegatio solvendi causa

IV.2. Delegatio credendi causa

IV.3. Delegatio donandi causa

V. El pago de deuda ajena

V.1. Si no hubo subrogación

V.2. El pago con subrogación

VI. La cesión de créditos

VI.1. La cesión de créditos a título oneroso (compraventa de créditos)

VI.2. La cesión de créditos a título gratuito


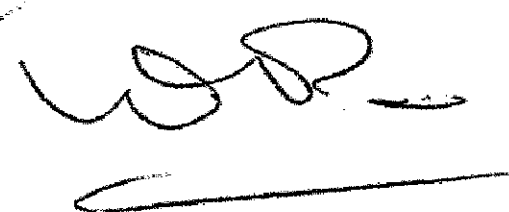
VII. La dación en pago

VIII. Conclusiones

CONCLUSIONES.- Los actos jurídicos objetivamente fraudulentos (págs. 522-523)

BIBLIOGRAFIA.- (págs. 524-543)

INSTITUTO VENEZOLANO DE INVESTIGACIONES CIENTÍFICAS
 DEPARTAMENTO DE INVESTIGACIONES CIENTÍFICAS
 INSTITUTO VENEZOLANO DE INVESTIGACIONES CIENTÍFICAS
 APROBADO CON LAUDES
 011 UNIVEN 1030
 FECHA 9 de julio de 1957

 J. J. J. J. J.


OMI: 